

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE HISTORIQUE
SUR
LE MARIAGE PUTATIF

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Jeudi 13 Mars 1913, à 3 heures

PAR
ROBERT MOREL

Président : M. LÉFEBVRE, professeur.
Suffragants { *MM. ESMEIN, professeur.*
 { *CHÉNON, professeur.*

LIBRAIRIE
DE LA SOCIÉTÉ OU
RECUEIL SIREY
22, rue Soufflot, PARIS, 5^e Arrond.
L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1913

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE HISTORIQUE
SUR
LE MARIAGE PUTATIF

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Jeudi 13 Mars 1913, à 3 heures

PAR

ROBERT MOREL



Président : M. LEFEBVRE, professeur.

Suffragants { MM. ESMEIN, professeur.
CHÉNON, professeur.

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, rue Soufflot, PARIS, 5^e Arrond.

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1913



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550425_0038

INTRODUCTION

Le mariage putatif est un mariage nul, mais auquel, en raison de la bonne foi des parties, la loi reconnaît tous les effets d'un mariage véritable.

Il eût été peut être plus juste de l'appeler un *quasi matrimonium* (quasi mariage), comme dit Hertius (1), en donnant à cette expression toute la signification romaine. A Rome en effet, dans les cas où le droit civil ne permettait pas, en raison de l'état des personnes ou de la nature de l'objet, que l'on se servît d'une institution civile existant, le prêteur créait pour ces personnes ou cet objet une institution parallèle, inférieure en degré, mais égale en effets. Il lui donnait alors le même nom précédé du mot *quasi*. Or, de même, dans le droit français, le mariage putatif est accordé dans des cas où le droit ne permet pas de reconnaître l'existence du mariage bien que l'équité eût demandé que l'on en accordât les effets. Dans un cas comme dans l'autre nous voyons le législateur qui, pour se conformer à la justice, accorde les effets d'une institu-

(1) Hertius, *Questionum et tractatorum de matrimonio putativo* (chap. v).

tion ancienne à une imitation qu'il crée de toutes pièces plutôt que d'étendre l'autre.

L'expression mariage putatif « *matrimonium putativum* » a néanmoins prévalu sans doute parce que c'était une locution courante se rencontrant fréquemment dans les écrits des premiers canonistes (1).

Matrimonium putativum signifie : « mariage que l'on croit exister », de même que titre putatif signifie titre tenu pour vrai, titre ayant toutes les apparences de la réalité : ainsi par exemple l'héritier apparent, qui est héritier en vertu d'un testament dont on n'a pas encore découvert la révocation.

Cependant, comme le possesseur d'un titre apparent a été la plupart du temps jugé moins intéressant que l'époux putatif, et surtout en raison de l'importance que présente le mariage au point de vue social, la théorie du titre putatif ne s'est pas développée comme celle du mariage putatif. Le détenteur du titre putatif ne peut tirer aucun avantage de sa bonne foi ; la jurisprudence et la doctrine sont même encore divisées sur le point de savoir si les tiers qui ont traité avec le détenteur du titre putatif peuvent opposer ce titre à celui qui a le titre réel.

Peut-être aussi a-t-on préféré l'expression mariage putatif parce qu'elle rendait compte de l'importance de la bonne foi dans cette théorie, alors que ne le faisait pas celle de *quasi conjugium*.

(1) Merlin. « Le mot putatif a été adopté par l'Eglise pour signifier : qui paraît être, qui est présumé être ce qui n'est pas. C'est ainsi et dans ce sens qu'elle a appelé saint Joseph le père putatif de Jésus-Christ. » Merlin, *Répertoire* (Légitimité, I, I, n° VII).

Dans une première acception donc, le mot mariage putatif a été employé dans le sens de mariage qui est présumé être ce qui n'est pas ; c'est un mariage qui n'existe que dans l'opinion publique. Hertius lui donne trois autres sens.

Dans un premier sens, l'expression de mariage putatif est synonyme de *mariage présumé*. Tel était le cas d'une union formée de simples promesses suivies de la *copulatio carnalis*. En effet, tant que le mariage pouvait être contracté *solo consensu*, il ne lui manquait pour être accompli, lorsqu'il y avait eu des promesses ou *verba de futuro*, que la cohabitation effective. Lorsque celle-ci se produisait, on considérait, on présumait qu'elle emportait réalisation de la promesse, et qu'à partir de ce moment il y avait véritablement mariage. Telle a été la décision du pape Grégoire IX : « Sponsalia de futuro transeunt in matrimonium per carnalem copulationem sequentem. » A la suite de cette décision, les juges ecclésiastiques regardèrent ce mariage comme un mariage réel, jusqu'au moment où l'horreur de l'Église pour les conjonctions illicites le fit déclarer nul et invalide (1). Toutefois, malgré la nullité d'une pareille union, le cardinal Lambertini (2), dans le cas où les parties avaient effectivement voulu le mariage, et n'avaient sans doute agi que par ignorance, admit que les enfants seraient traités comme légitimes, mais aux yeux du monde seulement, *nomine tantum*, cette légitimité

(1) V. Merlin, *Répertoire* (Légitimité, sect. I, § 1^{er}).

(2) Devenu depuis le pape Benoist XIV.

ne regardant que l'honneur, une pointille de réputation, et demeurait sans effet sur les biens.

Dans un deuxième sens, l'expression mariage putatif suppose une union effectivement contractée mais illicite entre personnes soit de bonne foi soit de mauvaise foi. Ce second sens était beaucoup plus large que celui qui fut définitivement donné au mariage putatif, puisque ce dernier sens ne comprit plus que les mariages où existait la bonne foi soit des deux époux soit de l'un d'eux seulement. Lorsqu'il y a mauvaise foi complète, il n'y a qu'une apparence extérieure du mariage. Les lois civiles ne lui font produire aucun effet, les lois canoniques sont aussi rigoureuses envers les parties, en raison de la mauvaise foi.

Nous trouvons enfin un troisième sens, celui qui fut consacré en dernier lieu. Le mariage putatif, dit Hertius, est celui qui de bonne foi et solennellement a été contracté justement, du moins dans l'opinion d'un des époux, entre personnes auxquelles cette union était interdite (1).

De temps d'Hertius (xviii^e siècle) on employait encore l'expression de mariage putatif dans l'une ou l'autre des

(1) Hertius cite trois autres définitions, l'une de Nicol. Henelius : « C'est le mariage qui a été réellement et solennellement contracté de bonne foi, du moins de la part d'un des conjoints, mais qui était interdit à raison de quelque empêchement. » Une autre, incomplète, d'Alb. Gentil : « C'est le mariage qui a été contracté au grand jour et de bonne foi. » Enfin, une dernière d'Alph. de Olla : « C'est le mariage célébré véritablement et solennellement, mais qui n'est pas valable par suite de quelque empêchement que les deux époux, ou l'un d'eux ignorait probablement. »

acceptions que nous venons d'indiquer ; cela avait pour conséquences de créer des confusions regrettables.

Portalis, dans son exposé des motifs, a cru devoir consacrer à cette question quelques mots qui méritent d'être rappelés et qui sont la meilleure introduction que l'on puisse donner à ce sujet :

« Quoique régulièrement, le seul mariage légitime et
« véritable puisse faire de véritables époux et produire des
« enfants légitimes, cependant, par un effet de la faveur
« des enfants et par la considération de la bonne foi des
« époux, il a été reçu, par équité, que s'il y avait quelque
« empêchement caché qui rendit ensuite le mariage nul,
« les époux, s'ils avaient ignoré cet empêchement, et les
« enfants nés de leur union conserveraient toujours le
« nom et les prérogatives d'époux et d'enfants légitimes
« parce que les uns se sont unis et les autres sont nés sous
« le voile, sous l'ombre, sous l'apparence du mariage. De
« là, cette maxime commune que le mariage putatif, pour
« nous servir de l'expression des jurisconsultes, c'est-à-
« dire celui que les conjoints ont cru légitime a le même
« effet pour assurer l'état des époux et des enfants qu'un
« mariage véritablement légitime, maxime originairement
« introduite dans le droit canonique, depuis longtemps
« adoptée dans nos mœurs et aujourd'hui consacrée par
« le projet de loi. Quand un seul des conjoints est de
« bonne foi, ce conjoint seul peut réclamer les effets civils
« du mariage. Quelques anciens jurisconsultes avaient
« pensé que dans ce cas les enfants devaient être légitimes
« par rapport à l'un des conjoints et illégitimes par
« rapport à l'autre ; mais on a rejeté leur opinion sur le

« fondement que l'état des hommes est indivisible et que
« dans le doute il fallait se décider entièrement pour la
« légitimité (1). »

Cet exposé très clair se trouve résumé dans les deux articles 201 et 202 du Code civil. Il est dit dans le premier :
« Le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins les
« effets civils tant à l'égard des époux qu'à l'égard des
« enfants lorsqu'il a été contracté de bonne foi. » Le
second ajoute : « Si la bonne foi n'existe que de la part de
« l'un des deux époux, le mariage ne produit les effets
« civils qu'en faveur de cet époux et des enfants issus du
« mariage. »

Maintenant que nous avons donné un aperçu du mariage putatif, nous allons retracer l'histoire de cette institution.

(1) Dalloz (45), Mariage, p. 155.

CHAPITRE I

ABSENCE DU MARIAGE PUTATIF DANS LA LÉGISLATION ROMAINE

SECTION I

Étude des textes

En droit romain, nous ne rencontrons pas le mariage putatif. Il n'exista jamais à l'état d'institution. Si l'on peut citer un rescrit des empereurs Marcus et Lucius accordant quelque effet à un mariage nul contracté de bonne foi, il faut ajouter qu'il est conçu comme une solution exceptionnelle et par conséquent l'on ne peut y voir qu'une dérogation à une règle générale.

Nous examinerons donc successivement deux textes de Justinien qui prouvent que le mariage putatif n'existait pas à Rome ; l'un est aux *Institutes*, et l'autre au Code. Nous étudierons ensuite la décision d'espèce insérée au *Digeste* qui l'accorde mais à titre d'exception.

Le texte des *Institutes* (*De Nuptiis*) déclare qu'au cas de mariage contracté au mépris de la loi, il n'y a ni mari, ni époux, ni noces, ni mariage, ni dot ; c'est pourquoi les enfants nés d'une telle union ne sont pas sous la puissance

de leur père, mais sont assimilés en ce qui concerne la puissance paternelle aux enfants conçus de père inconnu. Or, ces derniers ne sont pas même réputés avoir un père, puisque leur père est incertain (1).

Il est évident que si les Romains avaient eu la moindre notion du mariage putatif, le texte dont nous venons de parler n'aurait pas contenu une décision absolue; il aurait établi la distinction qui s'imposait naturellement en ce cas entre le mariage contracté de mauvaise foi et le mariage contracté de bonne foi. L'on peut donc dire que les Romains ignoraient la théorie du mariage putatif.

Un autre texte qui se trouve au Code (liv. V, t. IV, loi 6) est d'ailleurs aussi formel. Il y est dit: « Si quelqu'un
« s'est déshonoré en contractant une union incestueuse et
« défendue, qu'il conserve ses biens personnels tant qu'il
« vivra, mais qu'il ne croie pas pour cela avoir une épouse
« ou des fils engendrés par elle. En conséquence, il ne
« pourra rien leur donner ni directement, ni par personne
« interposée, ni entre vifs, ni à cause de mort, et si
« quelque dot a été donnée ou promise solennellement,
« que notre fisc s'en empare conformément à l'ancien
« droit. Il ne pourra rien laisser par son testament à des
« étrangers. S'il a par hasard des parents nés d'un juste et
« légitime mariage, sa succession qu'elle soit testamen-

(1) *Institutes*, liv. I, tit. x, De Nuptiis, § 12 : « Si adversus ea, quæ
« diximus, aliqui coierint : nec vir, nec uxor, nec nuptiæ nec matri-
« monium nec dos intelligitur. Itaque ii qui ex eo coïtu nascuntur,
« in potestate patris non sunt sed tales sunt, quales sunt ii quos
« mater vulgo concepit. »

« taire ou *ab intestat* ira à ceux qui succèdent conformé-
 « ment à la loi et au droit : c'est-à-dire dans l'ordre des
 « descendants au fils, à la fille, au petit-fils, à la petite
 « fille, à l'arrière petit-fils, à l'arrière petite fille ; dans
 « l'ordre des ascendants, à son père, à sa mère, à son
 « grand-père, à sa grand-mère ; dans l'ordre collatéral
 « à son frère, à sa sœur, à son oncle, à sa tante. Qu'il
 « ait la faculté de tester valablement et de laisser ce
 « qu'il voudra à son choix dans les limites du droit et de
 « la loi, mais seulement aux personnes que nous avons
 « autorisées à recueillir par la disposition de notre rescrit
 « impérial, mais de telle sorte que cependant on écarte
 « entièrement de la succession ceux que nous avons men-
 « tionnés comme ayant eu intention de contracter un
 « mariage incestueux, et à la place de ceux-là succède le
 « plus proche en degré après eux. Il faut appliquer ce que
 « nous venons de dire aux hommes, aux femmes qui se
 « seraient déshonorées par le mariage sus-indiqué. Si les
 « personnes que nous venons d'énumérer n'existent pas,
 « alors que notre fisc recueille les biens. (1)

(1) *Codicis*, liv. V, tit. v, 6. Imp. Arcad. et Honor. : « Si quis, incesti vetitique conjugii sese nuptiis funestaverit, proprias quamdiu vixerit teneat facultates : sed neque uxorem, neque filios, ex ea editos habere credatur. Nihil prorsus prædictis, neque per interpositam quidem personam vel donet superstes vel moriturus derelinquat : dos si qua forte solenniter aut data, aut promissa fuerit juxta jus antiquum fisci nostri commodis cedat : Testamento suo extraneis nihil derelinquat, sed sive testato sive intestato legibus ei et jure succedant si qui forte ex justo et legitimo matrimonio editi fuerint : hoc est de descendantibus filius, filia, nepos, neptis, pronepos, proneptis : de ascendentibus autem pater, mater, avus, avia : de

Cette législation déjà rigoureuse, dans laquelle nous ne voyons aucun adoucissement pour ceux qui ont contracté de bonne foi, a été aggravée encore par Justinien. Il confisque non seulement la dot mais encore les autres biens, prononce même l'exil, la dégradation militaire, frappe de verges les personnes de condition vile, et si la femme a commis cette faute sciemment, elle subit les mêmes pénalités; les enfants nés de cette union deviennent de droit *sui juris*, les enfants légitimes s'il y en a prennent les biens, mais avec la charge de nourrir leur père. S'il n'en existe pas, les biens sont dévolus au fisc. (1)

Nulle part non plus dans ce texte, il n'est parlé de mariage putatif; il semble donc bien encore qu'il n'a pas existé à Rome.

Un texte du *Digeste* (de *Ritu Nuptiarum*) (loi 57, Marcus et Lucius Verus) est encore plus significatif.

Nous y voyons ces empereurs accorder à titre tout à fait exceptionnel, selon leur propre remarque, et en raison d'un ensemble de circonstances favorables au demandeur, les effets utiles du mariage putatif; en voici le texte :

latere frater, soror, patruus. amita. Testandi sane demum habeat facultatem ut his tantummodo personis pro juris ac legum quod voluerit arbitrio relinquat quas succedere imperialis præcepti tenore mandavimus : Ita tamen, ut ab hereditate defuncti penitus arceatur si quis ex his, quos memoravimus in contrahendis incestis nuptiis consilium iniisse monstrabitur, successuro in locum illius, qui post eum gradu proximus invenitur. Ea sane quæ de viris cavimus etiam de feminis quæ prædictorum sese consortiis commaculaverint custodiantur. Memoratis vero personis non extantibus nostro fisco locus pateat. »

(1) Nouvelle, 12, tit. VII.

« Les empereurs Marcus et Lucius ont envoyé le rescrit
 « suivant à Flavia Tertulla par l'affranchi Mensor. Nous
 « sommes touchés du nombre d'années pendant lequel
 « vous avez par ignorance du droit vécu avec votre oncle
 « comme avec un mari, et de ce que vous lui avez été
 « donnée en mariage par votre aïeule, et du nombre de
 « vos enfants. C'est pourquoi, attendu le concours de
 « toutes ces circonstances, nous confirmons l'état des
 « enfants que vous avez eus de ce mariage contracté
 « depuis plus de quarante ans et voulons qu'ils soient
 « regardés comme légitimes (d'après Merlin) (1).

« Cette décision, dit Accarias, contient le premier
 « germe de notre théorie française du mariage putatif,
 « mais rien ne prouve qu'elle ait été appliquée à tous les
 « cas de mariages incestueux contractés de bonne foi ; à
 « plus forte raison paraît-il probable qu'elle ne fut pas
 « étendue aux mariages nuls pour des causes autres que
 « l'inceste. Cependant, la femme libre qui par erreur a
 « épousé un esclave peut, répétant sa dot par l'action *de*
 « *peculio*, opposer, aux créanciers du pécule, un privilège
 « semblable à celui qu'elle exercerait dans l'action *rei*
 « *uxoriæ* » (Accarias, *Précis de Droit romain*, I, 90, n° 3).

D'Aguesseau fait remarquer que les empereurs ont été

(1) *Digeste*, De ritu Nuptiarum (loi 37, § 1) : « Divus Marcus et
 « Lucius Imperatores Flaviæ Tertullæ per Mensem libertum ita
 « rescripserunt : Movemur et temporis diuturnitate, quo ignara juris
 « in matrimonio avunculi tui fuisti, et quod ab avia tua collata es et
 « numero liberorum vestrorum in eo matrimonio quæsitum quod
 « ante annos quadraginta contractum est perinde atque si legitime
 « concepti fuissent » D. XXIII, t. II (Merlin, *Répertoire*, Légitimité,
 I, I).

surtout frappés de l'ensemble des circonstances favorables à la femme. La théorie est encore imparfaite; plus tard il suffira d'une seule condition, la bonne foi, tandis qu'ici les empereurs n'accordent ce bénéfice que parce qu'il y a à la fois 1° la durée de quarante ans; 2° l'ignorance du droit excusable en plusieurs fois chez une femme; 3° l'autorité d'une aïeule; 4° le nombre des enfants.

Le ton même du rescrit de Marcus et Lucius indique une mesure exceptionnelle et nouvelle.

Mais pourquoi le Mariage Putatif n'existait-il pas à Rome? Il y a à cela plusieurs raisons.

SECTION II

Motifs qui ont empêché le droit romain de reconnaître le Mariage Putatif

D'abord, les causes de nullité étaient au début fort rares. La célébration des Justes Noces, devant les *sacra privata*, faisaient du mariage quelque chose de tout différent de ce que nous appelons, improprement d'ailleurs, mais couramment le Mariage Contrat. Chez ce peuple, pourtant très formaliste, il y avait dans la conclusion du mariage bien peu de choses pouvant donner prise aux nullités. Les règles en étaient si élémentaires et si connues que l'on devait bien rarement les enfreindre. De plus, comme il y avait plusieurs catégories d'unions reconnues par les lois, si le lien ne rentrait pas dans les *justæ nuptiæ*,

il pouvait constituer le *concubinatus* qui produisait certains effets civils.

D'autre part, il y avait un moyen facile de détruire une union scandaleuse. L'époux qui le désirait n'avait qu'à user du *repudium* (*Tuas res tibi habeto* ou *agito*, écrivait-il à l'autre).

Si l'on voulait assurer tous les droits d'un enfant légitime à celui qui était né d'une union annulée, il était possible lorsque l'on remplissait les conditions imposées par la loi, de recourir à une adrogation. Si l'on se rappelle le rôle que jouaient l'adrogation et l'adoption à Rome, leur importance, leur facilité, leur fréquence, on comprendra que ce moyen indirect était bien suffisant pour compenser l'absence du mariage putatif.

A côté de ces raisons de fait, imprécision dans la formation du lien conjugal, facilité du *repudium*, et importance considérable de l'adoption, il y a peut-être une raison profonde qui fit que l'on n'admit jamais le mariage putatif à Rome.

Tandis que le droit romain est dominé tout entier par une logique rigoureuse, la théorie du mariage putatif en droit canonique est créée comme par une loi de circonstance en marge de toute la théorie juridique du mariage ; et l'on ne peut la justifier que par un ensemble de fictions et de principes créés plus ou moins spécialement pour la matière.

Il ne faut pas oublier non plus que les Romains ont été longtemps avant de pratiquer la Légitimation qui resta inconnue sous la république et ne se développa qu'assez tardivement sous l'influence des empereurs chré-

tiens hostiles au concubinat. Les Romains ne cherchaient pas à assurer à tout prix la légitimité aux enfants. Voyons, en effet, comment raisonnaient leurs jurisconsultes dans une hypothèse où les circonstances sont analogues à celles du mariage putatif et où il aurait été intéressant d'assurer aux enfants la légitimité vis-à-vis de leurs deux parents dans un cas où l'un seulement d'entre eux remplissait toutes les conditions légales pour que ces enfants soient légitimes.

Si le mari et la femme tombent aux mains des ennemis, ils sont réputés morts civilement, et en conséquence leur mariage n'a plus de valeur légale ; mais s'ils reviennent de captivité, ils sont réputés n'avoir jamais perdu aucun droit et leurs enfants sont traités comme légitimes. Mais si les enfants ne rentrent à Rome qu'avec leur mère, ils sont considérés comme enfants naturels (1). La question est la même de savoir : si les enfants qu'une femme prisonnière a pu concevoir avant son retour à Rome sont légitimes également vis-à-vis de leur père resté ou mort chez l'ennemi, et si les enfants qu'une femme a conçus de bonne foi sont légitimes également vis-à-vis de leur père qui était de mauvaise foi.

Voici ce que répondent les juristes de l'une et l'autre école.

(1) Loi 25. D. De Captivis et postliminio reversis. — Divi Severus et Antoninus rescripserunt : Si uxor cum marito ab hostibus capta fuerit, et ibidem ex marito enixa sit, si reversi fuerint justos esse et parentes et liberos et filium in potestate patris quemadmodum jure postliminii reversus sit. Quod si cum matre sua revertatur quasi sine marito natus spurius habebitur (L. XLIX, t. XV).

Les latins déclarent : les enfants sont naturels vis-à-vis du père ; mais ils le sont aussi vis-à-vis de leur mère, car si elle a bien retrouvé tous ses droits, l'enfant est néanmoins pour sa mère *quasi sine marito natus*. Le mari n'étant pas réhabilité est réputé inexistant ; une femme qui n'a pas de mari ne peut avoir d'enfants légitimes.

Les canonistes par contre déclarent : la femme était de bonne foi, il serait injuste qu'elle soit moins bien traitée si son mari était de mauvaise foi que s'il était de bonne foi. En ce qui la concerne, elle n'a commis aucune faute, elle pourra donc avoir des enfants légitimes. De plus, l'état de ses enfants étant indivisible, puisque nous voulons que les enfants soient légitimes vis-à-vis de leur mère, nous devons également vouloir qu'ils soient légitimes vis-à-vis de leur père.

La première solution est infiniment plus logique mais elle est de beaucoup plus rigoureuse.

Les Romains ont cru pouvoir dans le cas du *post liminium* déroger à la règle logique qui veut que ce qui est nul n'ait jamais pu produire d'effets « *quod nullum est, nullum producit effectum* » en faveur de la majesté du titre de citoyen romain. Ils ont cru qu'ils ne devaient pas plus admettre qu'un citoyen romain ait pu être esclave de l'ennemi qu'ils ne pouvaient admettre qu'un esclave fût encore citoyen romain. L'orgueil du nom romain est ici seul en jeu ; lui seul a pu les faire recourir à une fiction et s'écarter de la rigueur du droit. Mais si, pour de tels motifs, il était permis de faire appel à toutes les fictions, il n'en était pas de même lorsqu'il ne s'agissait que d'assurer la légitimité à des enfants.

Dans ce cas, il y aurait eu un intérêt pratique réel à faire une théorie d'un quasi-mariage, car l'on ne peut parler de mariage putatif, puisque celui-ci suppose nécessairement la bonne foi dont il ne peut être question dans l'hypothèse du *post liminium*.

Nous ne rencontrons donc rien de semblable au mariage putatif à Rome. Cela ressort nettement des textes que nous avons examinés, et cela se comprend aisément par la rareté des cas de nullité, par les moyens indirects d'obtenir le même résultat.

Lorsque plus tard, avec les empereurs chrétiens, les cas de nullité devinrent plus fréquents en raison de la multiplicité des empêchements, on trouve une décision isolée qui admet le mariage putatif (1); mais l'essai est timide : on sent une décision émanée de juristes qui ont derrière eux un passé faisant la force de l'état, et qui pour cette raison n'osent pas se mettre en contradiction avec les écrits de ceux qui ont pensé bien longtemps avant eux et souvent dans des situations très différentes.

Il appartenait aux canonistes de former cette théorie nouvelle, en mettant de côté le vieux formalisme pour se placer en face de la réalité, et rétablir l'accord entre la légalité et l'équité.

(1) V. rescrit de Marcus et Lucius, cité précédemment p. 11.

CHAPITRE II

LE MARIAGE PUTATIF EN DROIT CANONIQUE

SECTION I

Origine de la théorie

§ 1. — CAUSES QUI ONT MOTIVÉ L'INTRODUCTION DU MARIAGE PUTATIF

Avant d'étudier les sources de cette théorie, il est nécessaire de jeter un coup d'œil rapide sur sa nécessité pratique.

Lorsque la théorie de l'Église sur le lien matrimonial eut triomphé, elle transforma complètement les cas de nullité, qui devinrent extrêmement nombreux ; cela augmenta d'autant le nombre des mariages annulés.

A côté des empêchements prohibitifs qui n'avaient qu'une valeur préventive ne permettant pas d'annuler les unions contractées et qui n'ont pas eu d'influence directe sur la théorie du mariage putatif, on distingua les empêchements appelés dirimants qui entraîneraient la nullité des mariages contractés à leur mépris.

Parmi ceux-ci nous citerons l'empêchement de lien qui mettait obstacle à tout nouveau mariage tant que la première union n'avait pas été dissoute ; l'empêchement de parenté et d'alliance qui devint très important par suite de l'extension donnée à la théorie de l'inceste (1) les empêchements résultant de la complicité d'adultère, de la clandestinité, de la prêtrise, de l'impuissance, de l'incapacité, de l'impuberté, du défaut de consentement, etc...

§ 2. — ORIGINE DU MARIAGE PUTATIF DANS LA DOCTRINE

Le nombre considérable de mariages annulés et la qualité des plaideurs eurent ce résultat que d'assez bonne heure les conséquences rationnelles de l'annulation parurent choquantes vis-à-vis des enfants et du conjoint qui s'était marié de bonne foi sous les auspices de l'Église.

En effet, il sembla dur de refuser aux enfants la légitimité qui leur enlevait le droit de succéder à leurs parents ainsi que l'entrée dans les ordres, et de refuser aux époux eux-mêmes leurs droits sur la succession de leur conjoint,

(1) Il convient de prendre garde que lorsque les lois canoniques parlent d'un degré de parenté, elles ont une computation spéciale, comptant autant de degré qu'il y a de générations entre l'auteur commun et le plus éloigné de celui-ci d'entre les deux parents dont il s'agit d'établir le rapport de parenté. Cela avait pour effet de doubler la portée des lois romaines dont le droit canon paraissait conserver la lettre.

leurs avantages matrimoniaux et les donations qui leur avaient été faites en vue du mariage.

Dans l'Église d'Orient on ignore toujours le remède à ces situations (1).

Il est assez difficile de préciser à quelle époque le mariage putatif apparut en Occident. Au ^xⁱ siècle les *Petri exceptiones legum romanarum* (ou *Petrus*) ne le mentionnent pas encore. Pour leur auteur, en effet, « il est
« hors de doute que les enfants de ceux qui ont contracté
« des noces incestueuses à leur insu, ou à leur escient, ne
« pourront jamais par quelque moyen que ce soit leur
« succéder. Si cependant ils pouvaient invoquer une
« possession trentenaire, ils devaient être maintenus en
« possession des biens de leurs auteurs (2). »

Le texte est formel et précise qu'il en sera ainsi, que les parents soient ou non de bonne foi.

Plus tard, Gratien (3), un des plus grands canonistes de l'école italienne de Bologne (^{xii}^e siècle) et qui écrivait vers 1150, ignore cette distinction. Cependant, Pierre Lombard, son contemporain, qui était évêque de Paris en 1159, dans son livre IV des sentences, parle du

(1) V. M. Esmein, *Mariage en droit canonique*, II, p. 33 ; Zhishman p. 700.

(2) Petr., I, 39 (éd. Savigny), p. 342 : « Unum tamen non dubites
« quod si quis incestas contraxerit nuptias, sciens vel ignorans,
« filii qui probabuntur nati ex tam incesto coitu nullo modo, nullo
« tempore patri vel matri succedere poterunt, nisi inconcussa
« triginta annorum possessio defendat eos. » M. Esmein, t. II, 34.

(3) Moine Bénédictin né à Chiusi en Toscane, près Florenc, composa son ouvrage entre 1127 et 1150.

mariage putatif comme d'une institution bien connue. Voici, en effet, le passage qu'il consacre à la question. Après avoir énoncé le fait que l'Église sépare ceux qui se sont unis étant à des degrés de parenté défendus, Pierre Lombard ajoute que : « Si ignorant l'empêchement, ils se
« sont mariés à la face de l'Église, et si plus tard seule-
« ment la preuve de la parenté se faisant, un jugement
« vient à les séparer, l'on peut se demander si cette union
« n'aura pas été un mariage. » De son temps, la solution était controversée. « Pour certains, il n'y avait pas eu de
« mariage parce que les personnes ne pouvaient pas s'unir
« légalement, mais cependant elles devaient être excusées
« en raison de leur ignorance, et ils admettaient qu'il y
« avait eu un quasi mariage en raison de ce qu'ils avaient
« eu, de bonne foi, l'intention de contracter, que cela
« avait eu lieu par la main même de l'Église, et en con-
« séquence, on admettait qu'il fallait réputer légitimes les
« enfants nés de cette union. Les autres disent qu'il y a eu
« un véritable mariage bien que ce mariage ait été illicite,
« parce que les Canons appellent ces unions mariages,
« au passage qui traite des personnes dont l'union doit
« être annulée par suite d'une preuve de parenté (1). »

(1) Pierre Lombard, liv. IV des sentences, Dist. XLI, p. 938, éd. Patrologiæ, T. CXII (de Migne) :

Et est sciendum quod ecclesia infra prædictos gradus consanguinitatis conjunctos separat. Si autem ignoranter conjuncti fuerint in conspectu ecclesiæ et postmodum probata consanguinitate ejusdem judicio separati, quæritur utrum copula illa conjugium fuerit quibusdam videtur non fuisse conjugium quia non erant legitimæ personæ; sed tamen de crimine excusantur per ignoran-

Cette dernière solution qui est la plus timide puisqu'elle s'abrite derrière la lettre des textes, n'a certainement pas été celle qui a triomphé, car elle était en contradiction profonde avec l'essence même de l'indissolubilité de l'union conjugale. L'autre reposait sur une fiction hardie, en contradiction ou peut être seulement en dérogation avec le droit, mais qui laissait intact le principe de l'indissolubilité (1). En effet, lorsque l'on parlait de rompre, d'annuler, il ne s'agissait pas d'un lien mais d'une appa-

tiam, et quasi conjugium reputatur, quia bona fide et per manum ecclesiæ cunvenerunt. Unde et filii eorum legitimi habentur. Alii vero dicunt fuisse conjugium, licet non essent legitimæ personæ quia talium conjunctiones vocant canones conjugia ubi de personis agitur quarum testimonio consanguineorum sit dirimenda conjunctio. Unde Urbanus Papa, 35 q 6, c. Si duo viri : si duo viri vel tres consanguinitatem jurejurando firmaverunt vel ipsi forte confessi fuerint conjugia dissolvantur. Si vero neutrum contigerit episcopi eos per fidem Christi obtestentur, quatenus palam fateantur, si se recognoscunt consanguineos. Si se judicio episcoporum segregaverint, alia matrimonia non prohibeantur contrahere. Idem Richardo Jannen. episcop. ubi sup c notificamus : Notificamus tibi ut cum tres vel duo ex propinquieribus ejus qui accusatur, hanc propinquitatem juramento firmaverint; vel si duo vel tres ex antiquioribus Januensibus quibus hæc propinquitas est nota qui bonæ famæ et veracis testimonii sunt, remoto amore, timore, pretio et omni malo studio, prædicta firmaverint sine mora conjugia dissolvantur. Consanguineos vero extraneorum nullus accuset vel consanguinitatem in synodo computet; sed propinqui ad quorum notitiam pertinet. Si autem progenies tota defecerit ab antiquioribus et veracioribus, quibus propinquitas tota nota sit, episcopus canonice perquirat; et si inventa fuerit, separentur. Ecce quibus accusantibus vel testificantibus dirimenda sit consanguineorum conjunctio quæ conjugium vocatur. Fabianus papa ibid c consanguinitatis.

(1) V. M. Esmein, t. II, p. 34.

rence fausse de lieu qui présentait tous les signes extérieurs de la réalité (1).

Nous avons peut-être, par l'exposé de Pierre Lombard, la clef du silence de Gratien sur le mariage putatif ; à leur époque, la question était controversée : les uns, comme Pierre Lombard, en étaient partisans et l'étudiaient, d'autres, comme Gratien, affectaient une ignorance complète à son égard.

§ 3. — ORIGINE DU MARIAGE PUTATIF DANS LES DÉCRÉTALES ET LA JURISPRUDENCE

A côté et parallèlement à cette évolution de la doctrine nous voyons l'introduction dans la jurisprudence de cette solution bienveillante qui vient corriger la rigueur du droit dans un grand nombre de décisions d'espèces.

Quelques-unes de ces décisions nous ont été transmises par les Décrétales ; d'autres nous sont connues par l'histoire. Alexandre III, qui occupa le trône pontifical de 1159 à 1181, est le premier pape dont la décision sur la matière nous ait été transmise (2) : « Un mariage con-

(1) V. Hauroy, *Traité du Mariage*.

(2) Alex. III, liv. IV, tit. xvii, Can. 2 : « *Separato matrimonio in facie Ecclesiæ contracto filii geniti vel concepti ante sententiam sunt legitimi*. Quum inter I. veterem concivem vestrum et T. mulierem « divortii sententia canonice sit prolata filii eorum qui ante sententiam ipsam nati fuerunt et ille qui tunc conceptus erat non debent « exinde sustinere jacturam, quum parentes eorum publice et sine « contradictione ecclesiæ matrimonium inter se contraxisse « noscantur, Ideoque sansimus, ut filii eorum quos ipsi ante divor-

tracté à la face de l'Église avait été annulé conformément aux canons. Le pape décide que les enfants nés ou conçus avant la sentence ne doivent pas en être victimes, étant donné que leurs parents ont contracté publiquement sans que l'Église présentât d'opposition. En conséquence, le pape décide que les enfants nés ou conçus avant la sentence seront considérés comme légitimes et pourront succéder aux biens paternels, et ont droit à réclamer des aliments à leurs parents. Le pape termine en ordonnant à son correspondant de faire adopter cette décision qui, d'ailleurs, est conforme aux canons des Apôtres. »

Le pape ne justifie pas l'octroi du mariage putatif par la bonne foi des parties, mais par le fait que les époux ont contracté publiquement et sans opposition de la part de l'Église. Mais cela impliquait dans la pensée du pape Alexandre III deux choses : d'un côté, que la bonne foi des parties ne pouvait être suspectée puisque le mariage n'avait pas été caché ; et d'un autre côté, l'Église avait encouru comme une responsabilité en consacrant elle-même cette union. Nous voyons par ce texte que, dès l'origine de cette institution l'Église croit devoir refuser le

« tum habuerunt et qui concepti fuerant ante latam sententiam non
« minus habantur legitimi et quod in bona paterna hereditario jure
« succedant et de parentum facultatibus nutriantur. Quo circa uni-
« versitati vestræ per apostolica scripta mandamus quatenus præfa-
« tos filios, memorati I. et prædictæ mulieris succedere in bona
« paterna exinde nutriri non prohibeatis nec occasione divortii inter
« parentes eorum eis a quoquam molestiam vel gravamina susti-
« neatîs inferri. »

bénéfice du mariage putatif à ceux qui ont contracté des mariages clandestins.

Le texte suivant qui émane de la chancellerie de Célestin III, qui était pape de l'année 1191 à 1198 atteste l'existence du mariage putatif par un argument à contrario.

« Puisque vous nous consultez, dit le texte. Nous vous
 « répondrons ainsi, mon cher frère, que ces personnes, dont
 « vous nous parlez, n'ont pu se marier en raison de l'em-
 « pêchement d'honnêteté publique et qu'il y a lieu de les
 « séparer. La procréation de leurs enfants ne trouve une
 « excuse ni dans la permission de l'Église, ni dans l'igno-
 « rance des parents ; il y a lieu de les exclure entièrement
 « de la succession des biens paternels et maternels (1). »

Ici, puisque l'on reproche aux parents leur manque d'ignorance, nous voyons apparaître la bonne foi comme l'une des bases du mariage, cette bonne foi agissant à titre de condition *sine qua non*.

Le successeur de Célestin III, le pape Innocent III, nous a laissé plusieurs textes sur la matière. De son temps la théorie est toute formée, et l'on en a déjà limité l'étendue.

Un texte inséré aux Décrétales admet le mariage putatif

(1) Célestin III, liv IV, t. xvii, Can. 40 : « Referente nobis et infra
 « fraternitati tuæ taliter respondemus quod publicæ honestatis jus-
 « ticia prohibente matrimonium inter eos contrahi non potuit, et
 « contractum debuit separari ac per hoc quum filii nec per ecclesiæ
 « permissionem, nec per paternam ignorantiam excusentur ad suc-
 « cessionem bonorum paternorum non videntur aliquatenus admit-
 « tendi. »

dans un cas de bigamie où l'enfant pouvait invoquer en sa faveur la bonne foi de l'un de ses parents et la publicité de leur mariage (1).

Il s'agit d'une veuve qui avait demandé pour elle et son fils et pupille la succession de son mari avec les fruits. La

(1) Décrétale XIV, liv. IV, tit. xvii, Innocent III :

Si conjugatus, vivente prima in facie ecclesia contrahit cum secunda hoc ignorante legitima erit eorum proles.

Ex tenore litterarum vestrarum nobis innotuit quod cum G. vidua hereditatem R quondam mariti sui a Landulfo de Gramino et nepotibus suis cum fructibus inde perceptis, in præsentia vestra, qui ex delegatione nostra de causa cognoscebatis eadem, sibi et pupillo filio suo restitui postularet pars adversa petitionem ejus nitebatur excludere pro eo quod eundem R. maritum ipsius viduæ de adulterio genitum asserebat, proponens, quod dicti R. Pater, vivente uxore legitima, quondam aliam, Maruciam nomine, superduxit, ex qua præfatum Robertum maritum ipsius viduæ generavit et contra vero pars viduæ respondebat, quod quum præfata Marucia, nesciens, quod dicti Roberti pater aliam haberet uxorem. cum ipso in ecclesiæ facie contrahisset, filius, quem suscepit ex ea legitimus debebat haberi, quum non debeant illegitimi reputari qui de adulteria conscia non nascuntur. Quumque diutius super hoc in vestra fuisset præsentia litigatum et nonnullorum prudentum sententia. Quorum consilium requisistis in hoc invicem discordaret sedem duxistis apostolicam consulendam. Nos igitur intellectio his et aliis quæ per vestras nobis litteras intimostis, habito cum fratribus nostris diligenti tractatu. Intelligentes quod pater Prædicti Roberti matrem ipsius in facie ecclesiæ ignorantem quod ipse aliam sibi matrimonialiter copulasset, duxerit in uxorem et dum ipsa conjux ipsius legitima putaretur, dictum R suscepit ex eadem, in favorem prolis potius declinamus memoratum R quo ad hoc legitimum reputantes.

Ideoque discretionis vestræ per apostolica scripta mandamus quatenus et vos eum legitimum in ceteris juxta tenorem litterarum nostrarum ratione prævia processuri.

(Octobre 1205).

partie adverse, s'efforçant de faire rejeter sa demande répond que le mari de cette veuve était enfant adultérin, son père ayant, du vivant de sa femme légitime, épousé Marucie qui eut ensuite le *de cujus* comme enfant. A cela le défenseur de la veuve répond : Marucie ignorait le premier mariage de son mari, elle a contracté en face de l'Église. L'adultère n'ayant pas été conscient, le fils qu'elle a eu doit être réputé légitime. Après une longue indécision l'avis des hommes d'expérience étant partagé, le tribunal consulte le Saint Siège qui répond après examen attentif que le père du *de cujus* ayant épousé Marucie à la face de l'Église, que cette femme ayant ignoré le premier mariage de son conjoint et ayant cru être épouse légitime lorsqu'elle avait engendré le *de cujus*, il était préférable de se départir de la rigueur du droit en faveur de l'enfant et de le réputer légitime.

La théorie est déjà complètement formée ; on nous la présente comme une théorie exceptionnelle et même peu juridique, mais les deux conditions de bonne foi et de défaut de clandestinité sont déjà indiquées.

Tous ces cas sont intéressants, mais le procès le plus retentissant qui eut lieu sur ce point de droit, est certainement celui qui se produisit à la suite du mariage contracté par Philippe Auguste avec Agnès, fille d'un duc de Méranie (ou de Moravie). Par la notoriété des parties en cause, le procès était grave, car il était appelé, comme l'on dit maintenant, à faire jurisprudence. Il semble que la cause fut si fameuse que Grégoire IX hésita à transcrire dans ses *Décrétales* la lettre qu'écrivit à ce sujet le pape Innocent III, et très habilement la remplaça par la lettre à

Guillaume de Montpellier auquel le même pape refusa le mariage putatif. Elle était mieux faite pour réprimer l'espoir que des fidèles mal éclairés pourraient concevoir d'obtenir du rétablissement du divorce. Aussi préféra-t-il lui indiquer des cas dans lesquels on refuse le mariage putatif, plutôt que ceux dans lesquels on l'accorde. Il est nécessaire pour comprendre les arguments de droit d'entrer dans certains détails de fait.

Philippe Auguste, veuf en premières noces de Isabeau de Hainaut, morte en 1189, et dont il avait eu un fils qui devait lui succéder, se remaria en 1193 à Ingeburge de Danemark, fille du roi Waldemar 1^{er} et petite fille du roi saint Canut de Danemark. Cette princesse était aussi arrière petite nièce d'un autre roi Canut également sanctifié.

Dès le début, il y eut ce que nous appelons incompatibilité d'humeur entre les époux, et Philippe Auguste chercha à se séparer de sa femme. Des généalogistes peu savants ou peu consciencieux confondirent en un seul personnage les deux saints Canut de Danemark, le grand-père et l'arrière grand-oncle de la reine Ingeburge. Ils firent ensuite de ce personnage, qui pour eux était unique, un parent de la reine Isabeau, première femme de Philippe Auguste. De là, une confusion complète ; car seul celui qui était le grand-oncle d'Ingeburge était réellement en même temps parent d'Isabeau, tandis que le grand-père d'Ingeburge n'était rien à l'égard d'Isabeau.

On fit comparaître la reine Ingeburge devant l'archevêque de Reims, légat du pape, qui lui demanda si elle était bien petite fille de saint Canut. Sa déposition ayant été affirmative, on en prit acte.

Peu après, l'archevêque de Reims annulait le mariage pour parenté entre la reine et la première épouse du roi. A peine dégagé de cette union, Philippe Auguste en contracte une nouvelle avec Agnès, fille du duc de Méranie. Pendant ce temps, le roi Canut, frère de la reine Ingeburge, en appelle à Rome, dénonce les erreurs généalogiques et obtient une sentence cassant la sentence rendue par l'archevêque de Reims pour mal jugé et peut-être aussi inobservation des règles de procédure. Devant l'attitude rebelle du souverain, le royaume est mis en interdit.

Le roi comprit qu'il ne pouvait résister plus longtemps au pape sans s'aliéner l'affection de tous ses sujets et voulut sauver les apparences. En conséquence, en 1201, il réunit une assemblée à laquelle il soumit le conflit qui avait éclaté entre le pape et lui. Delabarre, l'historien de Corbeil, ville dans laquelle la reine Ingeburge vécut longtemps, fait un tableau saisissant de cette assemblée. Il montre le roi arrivant en grande pompe, entouré de tous ses légistes et la reine Ingeburge se présentant seule, sans personne pour prendre la parole en sa faveur. Il raconte qu'au moment où la séance allait être levée, un jeune homme inconnu se présenta, preuves en mains, qui exposa la défense de la reine avec une telle conviction que le roi céda et quitta la salle en offrant à la reine la moitié de sa monture, et l'auteur de l'*Histoire de Corbeil* ajoute : « La reine Agnès qu'il appelle Marie, en fut si « déplaisante qu'elle en mourut bientôt après (1). »

(1). De la Barre, *Histoire de Corbeil*.

La question, en fait, se trouvait un peu simplifiée ; mais, en droit, quelle situation donnerait-on aux enfants que Philippe Auguste avait eus d'Agnès ? Les intérêts en jeu étaient considérables. Voici les termes de la lettre que le pape Innocent III adressa au roi à ce sujet :

« Innocent, évêque, serviteur des serviteurs de Dieu,
« à tous nos vénérés frères, évêques ou archevêques de
« France, salut et bénédiction apostolique. Le siège
« apostolique qui selon l'ordre de Dieu est père et maître
« de tous les fidèles, de l'examen de divers cas qui se
« sont produits sous nos prédécesseurs, qui ont reconnu la
« légitimité de personnes nées moins légitimement, même
« de l'adultère, les légitimant pour l'accomplissement des
« actes spirituels leur a accordé l'accès du Pontificat.
« Puisqu'il faut une plus grande dignité en matière spiri-
« tuelle qu'en matière temporelle, on ne peut mettre en
« doute qu'elle n'emporte également légitimation pour les
« actes de la vie temporelle surtout pour ceux qui, en
« dehors du Pontife Romain ne se reconnaissent pas de
« supérieur parmi les hommes. Donc, puisque Philippe,
« roi de France, notre très cher fils en Jésus-Christ, en
« dehors de son fils aîné, né de sa première épouse, n'a
« pas d'autres enfants que ce fils et cette fille que lui a
« donnés cette noble femme, qu'était jadis la fille du
« noble duc de Méranie et décédé naguère, songeant dans
« sa sagesse à l'avenir de sa postérité, nous a humblement
« demandé la légitimité de ses enfants, par bienveillance
« de la part du Siège Apostolique, et puisque le roi a
« affirmé hautement que après que notre vénéré frère
« Guillaume, archevêque de Reims, cardinal de Sainte

« Sabine, alors légat du Siège Apostolique, eût pro-
« mulgué la sentence de divorce entre le roi et notre très
« chère fille, l'illustre reine Ingeburge de Danemark, bien
« que cette même sentence dût être par la suite annulée
« par le Siège Apostolique pour inobservation de l'ordre
« judiciaire, aucune défense de se remarier ne lui était
« parvenue, et qu'en raison des preuves d'affinité pré-
« sentées devant cet archevêque, et auxquelles le roi
« avait attaché foi, il avait cru pouvoir établir un lien
« conjugal entre lui et la noble dame en question quoi
« qu'il fût forcé par notre autorité de la renvoyer et de
« reprendre la reine dont nous avons parlé; pour notre
« part, donc considérant en lui la constance de sa dévotion
« et la pureté de sa bonne foi envers l'église de Rome
« qu'il a contractée de ses ancêtres comme par droit héré-
« ditaire autant pour l'honneur de la dignité royale que
« pour l'utilité et la nécessité du royaume de France, afin
« de pourvoir à cette situation, nous décidons dans notre
« prudence, par une faveur spéciale (1), avec l'avis com-
« mun de nos frères d'accorder le titre d'enfant légitime
« aux dits enfants, fils et fille du roi pour qu'il n'y ait
« aucune faute dans leur naissance, de telle sorte que le
« roi et la reine n'éprouvent ainsi aucun préjudice de leur
« mariage. Observez donc strictement cette prudente
« décision que nous avons prise et faites la observer aux
« autres par une censure ecclésiastique très sévère :

(1) Il y a lieu de remarquer le caractère de faveur, le caractère exceptionnel du mariage putatif.

« Lorsque le roi vous en requérera, publiez la solennelle-
ment dans les formes d'usage (1). »

(1) De Baluze, *Lettres d'Innocent III*, t. I. p. 684 :

Innocentius Episcopus servus servorum Dei venerabilibus fratribus universis archiepiscopis et episcopis per regnum Franciæ constitutis salutem et apostolicam benedictionem. Apostolica sedes quæ Deo disponente cunctorum fidelium mater est et magistra, predecessorum nostrorum temporibus diversis causis inspectis, cum quibusdam minus legitime genitis dispensavit etiam ex adulterio procreatis; quos ad actus spirituales legitimans in pontifices quoque promoveri concessit. Cum igitur major idoneitas in spiritualibus quam in secularibus requiratur, dubitari non debet quin ipsa tales ad actus legitimare valeat seculares, presertim ad petitionem eorum qui præter Romanum pontificem alium inter homines superiorem minime recognoscunt habentem hujusmodi potestatem. Quoniam ergo carissimus in Christo filius noster Philippus Rex Francorum præter primogenitum suum, quem de conjugæ prima suscepit, aliam prolem non habet nisi puerum et puellam quos ei nobilis mulier quondam filia nobilis viri ducis Meraniæ peperit nuper defuncta, de sua posteritate provide cogitans a nobis humiliter postulavit ut eos legitimare per favorem sedis apostolicæ curaremus, vehementer affirmans quod postquam venerabilis frater noster Guillelmus Remensis Archiepiscopus sanctæ Sabinæ cardinalis, tunc apostolicæ sedis legatus inter eum ac carissimam filiam nostram Ingeburgen Reginam Francorum illustrem divortii sententiam promulgavit licet ipsa sententia per sedem apostolicam post modum fuerit revocata propter judiciarum ordinem non servatum, nulla tamen ad ipsum de alia non ducenda prohibitio facta pervenit, e propter probationes affinitatis exhibitas coram eodem archiepiscopo quas idem rex veras esse credebat, inter eum ac præfatam nobilem putabat esse vinculum conjugale quamquam nostra fuerit auctoritate compulsus ut et ipsam dimitteret et reginam reciperet memoratam. Nos igitur attendentes in eo devotionis constantiam et fidei puritatem quam a progenitoribus ergo romanam ecclesiam quasi quodam hereditario jure contraxit, ut tam honori regiæ dignitatis quam utilitati et necessitati

Cette décision motivée du pape est très intéressante car elle nous fait connaître les motifs qui ont permis de se décider en faveur de la légitimité des enfants.

D'abord le cas est spécial ; le pape peut le trancher sans avoir l'air d'empiéter sur le pouvoir temporel ; mais nous reviendrons sur ce point. Ensuite, le pape fait valoir la bonne foi des époux qui est basée sur un juste motif d'erreur irréprochable (autorité d'une décision rendue par un légat). D'autres preuves de la bonne foi sont encore fournies par ce fait que le roi semble avoir connu les pièces qui avaient servi aux débats et avoir été convaincu par elle. De plus il n'y avait pas eu d'opposition susceptible d'ébranler la bonne foi du souverain, et le mariage avait été célébré publiquement et dans les formes d'usage,

Nous trouvons donc énumérées ici les trois conditions essentielles, bonne foi, juste motif d'erreur, solennité du mariage.

Cette cause célèbre eut un grand retentissement dans la chrétienté d'Occident et particulièrement en France.

regni Franciæ provide consulamus prædictos puerum et puellam de speciali gratia legitimacionis titulo de communi fratrum nostrorum consilio decoramus, ut nullus eis in naturalibus defectus obsistat ; ita videlicet ut per hoc nullum eidem regi vel prefatæ reginæ in matrimoniali causa prejudicium generetur. Vos ergo quod super hoc a nobis est provida deliberatione statutum et vos ipsi firmiter observetis et ab aliis faciatis per censuram ecclesiasticam inviolabiliter observari ; et cum ab eodem rege fueritis requisiti, secundum formam præscriptam solenniter publicetis.

Datum Anagniæ IV nonas Novembris pontificatus nostri anno quarto.

Quelques-uns peu éclairés ou peu scrupuleux crurent y voir un moyen de tourner la règle de l'indissolubilité du lien conjugal. Mais le pape Innocent III les détrompa rapidement, et l'exemple de ce Guillaume de Montpellier entre autres qui se vit refuser le mariage putatif par le pape auquel il s'était adressé en se réclamant du précédent créé pour le roi de France est typique (1).

§ IV. — ÉVOLUTION DE LA THÉORIE DU MARIAGE PUTATIF EN DROIT CANONIQUE ET DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

La théorie du mariage putatif trouva une consécration officielle par suite de l'insertion des lettres des papes dont nous venons de parler au *Recueil des Décrétales* de Grégoire IX (2). Après avoir été formée par les décisions d'espèces émanant du tribunal pontifical, la théorie canonique fut influencée par les canons des conciles de Latran et de Trente relatifs à la clandestinité, vice qui rendait impossible l'obtention du mariage putatif. En effet, le

(1) La réponse du pape Innocent III se trouve au chapitre XIII, livre IV des *Décrétales*.

(2) Grégoire IX fit réunir, sous ses ordres et sous sa direction par son chapelain Ramon de Penaforte les principales décisions des papes Alexandre III, Célestin III, Innocent III, les canons des conciles de Latran et les *Décrétales d'Honorius III*. Cette collection prit le nom de *Décrétales de Grégoire IX* et le texte en fut promulgué en 1234 par l'envoi qu'en fit le pape aux écoles de Bologne, de Paris et de Salamanque (D'après M. Gautier et M. Esmein, *Précis du cours d'histoire du Droit*).

canon du concile de Latran *In præsentia* réputa de mauvaise foi, lorsqu'elles n'avaient pas fait précéder leur mariage de publications, les personnes dont le mariage était annulé pour parenté, alors même qu'il avait été contracté *in facie Ecclesie*. Le concile de Trente, à son tour, refondant entièrement le chapitre de la clandestinité, transforma les conditions du mariage putatif.

A la suite d'une lente évolution, la théorie du mariage putatif passa dans le droit civil.

« Malgré l'influence considérable de l'Église, en
« matière de mariage, nos anciens jurisconsultes, dit
« M. Gautier, distinguaient avec soin le contrat civil et le
« sacrement, et décidaient que si le mariage en tant que
« sacrement est soumis aux lois de l'Église, en tant que
« contrat civil il est régi par les lois séculières (1). »

Les juristes, en effet, au cours de la longue lutte qu'ils avaient soutenue contre la juridiction des Officialités (juridiction ecclésiastique), inventèrent la théorie du mariage « Contrat civil » pour justifier leur prétention. Forts de cette distinction, ils obtinrent peu à peu que l'Officialité restant saisie des difficultés relatives à la validité du mariage, tous les procès relatifs aux effets civils seraient de la compétence des tribunaux civils. Puis, s'enhardissant, ils décidèrent que le juge laïc devenait compétent si la question de nullité se présentait d'une manière incidente. Le mariage putatif produisant tous les effets du mariage devait nécessairement rentrer dans la compétence des juridictions civiles ; aussi passa-t-il avec

(1) M. Gautier, *Précis de l'Histoire du Droit français*, p. 405.

le mariage lui-même et par la même évolution dans le droit civil (1).

Nous remarquerons néanmoins que, surtout en ce qui concerne ces conditions d'optention, notre institution du mariage putatif était intimement liée à la théorie canonique du mariage. Elle ne passa donc pas aussi aisément dans le droit civil que d'autres institutions qui avaient été empruntées plus ou moins complètement au droit romain. Elle se ressentit toujours de son origine ecclésiastique, car elle avait été assise sur des bases différentes de celles qu'avaient fourni la logique et la justice romaine. C'est ce

(1) « La juridiction séculière retenait, d'après Beaumanoir, la connaissance de la question de légitimité quand elle était incidente à une succession féodale » (Beaumanoir, XI, 24-xviii, 1 et s.) « Et les juridictions séculières connaissaient des conventions matrimoniales concurremment avec les cours d'Église » (Beaumanoir, x, 12, Établissements de Saint-Louis, I, 13, 20 ; M. Esmein, *Histoire du Droit français*, p. 282).

Puis il y eut une évolution et en matière de mariage : « La jurisprudence ramena d'abord devant les tribunaux séculiers (c'est-à-dire royaux) toutes les causes portant sur un intérêt purement pécuniaire ou temporel, que l'Église n'avait attirées à elle qu'accèssoirement : questions de dot, de douaire, séparations de biens, séparations de corps, contestations de légitimité. On réduisit ainsi sa compétence aux questions de validité ou de nullité de mariage, les seules qui touchassent aux sacrements. Encore en écarta-t-on un grand nombre dans lesquelles le sacrement n'était pas intéressé, soit parce que le mariage était déjà dissous lorsque l'action en nullité était intentée, soit parce que le mariage était tellement nul qu'il n'avait pas pu avoir une apparence d'existence juridique. De même on enleva aux justices ecclésiastiques les actions tendant à contester non la validité mais la célébration du mariage... »

M. Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du Droit français* (1907), pp. 647 et 648.

qui explique certains chapitres de la matière comme notamment la manière dont le juge admet la preuve de la bonne foi, qui semblent exorbitants du droit commun et des principes purement juridiques.

SECTION II

Etude des conditions à remplir pour bénéficier du mariage putatif

Nous avons vu comment la théorie du mariage putatif fut créée de toutes pièces par le droit canon. Elle résulte de la notion nouvelle d'un lien conjugal indissoluble et sacré introduite par l'église. En effet puisque le lien conjugal était indissoluble, il y avait lieu de déclarer qu'il ne pourrait se former toutes les fois que sa persistance choquerait la morale ou violerait la loi. Puisque la société ne pouvait plus rompre une union scandaleuse, on fut amené à rechercher les obstacles qui empêcheraient sa formation : ce furent les empêchements dirimants.

Mais puisque le mariage était sacré, il fallait se montrer très rigoureux sur les cas dans lesquels on considérerait qu'une union était immorale. Aussi l'Église fut-elle amenée à créer un très grand nombre d'empêchements.

De plus l'Église se montra fort sévère au point de vue de l'inceste ; car le mariage intéresse l'avenir de la race et son développement intellectuel, moral et physique. Comme l'Église avait fait sienne la théorie israélite du peuple

prédestiné qui doit conserver la tradition sacrée, en vue de la régénération de l'humanité, on comprend qu'elle ait voulu s'assurer l'appui d'une race d'élite dont les fins dans son esprit se confondaient avec les siennes propres.

C'est ainsi que peut s'expliquer le rôle considérable que joua la théorie des empêchements dans le mariage canonique et l'importance qu'elle prit, plus grande que dans aucune autre législation.

Avant d'entrer dans l'étude des conditions nécessaires pour pouvoir bénéficier du mariage putatif, il nous a paru utile de rappeler par les quelques lignes précédentes l'idée directrice, qui a guidé l'Église dans l'élaboration de sa théorie du mariage et de ses nullités, idée qu'il importe de ne pas perdre de vue.

Pour pouvoir bénéficier du mariage putatif :

1° Il faut d'abord que ceux qui réclament la qualité d'époux fassent la preuve d'un mariage.

2° Il faut être dans un cas où le caractère de la nullité permet d'obtenir le mariage putatif.

3° Il faut que les époux ou l'un d'eux soient de bonne foi.

4° Il faut que les époux ou l'un d'eux fassent valoir un juste motif d'erreur.

5° Il faut enfin que le mariage ait été contracté avec toutes les formes de publicité requises par la loi

1^{re} Condition. — Il faut que ceux qui réclament la qualité d'époux fassent la preuve d'un mariage.

Pour pouvoir bénéficier du mariage putatif, on doit avoir quelque raison de prendre la qualité d'époux. Cette prétention doit reposer sur un titre en prenant ce mot dans son sens le plus large. On ne saurait en effet accorder les avantages de l'union conjugale à quiconque prétend s'être cru de bonne foi père ou mère légitime d'un enfant et réellement marié, mais il faut pourtant qu'il apporte une première justification de sa bonne foi en faisant la preuve d'une apparence de mariage. Nous commencerons donc par examiner de quelle manière il y avait lieu de prouver ce mariage apparent qui servait de base au mariage putatif.

On peut concevoir deux manières de prouver le mariage :

Par un acte authentique ;

Par un écrit privé ou des témoignages.

Nous commencerons par faire remarquer qu'il n'y a pas de raison pour ne pas appliquer dans notre droit actuel les prescriptions concernant la preuve du mariage réel à la preuve du mariage apparent qui, une fois annulé servira de base au mariage putatif. La règle était la même autrefois, et l'on devait prouver l'un ou l'autre mariage de la même manière.

Il y a également lieu de remarquer que : bien que la théorie du mariage putatif soit principalement nécessaire

pour assurer la légitimation aux enfants nés de ces unions nulles, ce n'est pas uniquement par la reconnaissance du mariage putatif que l'on pouvait obtenir ce résultat. On le pouvait également, mais seulement dans le cas de décès des parents de l'enfant, par la preuve d'une filiation légitime. Les preuves à fournir dans l'une et l'autre procédure ne sont pas les mêmes, et elles étaient notablement moins sévères dans le deuxième cas ; aussi arrivait-il souvent que l'on usait de ce dernier procédé. La preuve était de beaucoup facilitée, si les parents étaient décédés et si les documents étaient difficiles à recueillir. Pendant longtemps en effet le droit canon accepta comme enfants légitimes, tous ceux dont les parents avaient vécu ensemble comme mari et femme, parce qu'il y avait alors une présomption de mariage sans qu'il fût possible de faire la preuve contraire. Mais, depuis le Concile de Trente et l'Ordonnance de Blois, on se montra plus rigoureux et l'on admit seulement que : « Si après le décès des époux il existait « des enfants, on ne pouvait leur contester leur titre « d'enfants légitimes si leur possession d'état n'était pas « contredite par leur acte de naissance (1). » Nous parlerons donc de la preuve à faire en vue d'obtenir le mariage putatif et non de celle faite au sujet d'une réclamation de légitimité.

La preuve du mariage par acte authentique qui est exclusive actuellement, sauf des exceptions provenant de la force majeure n'est apparue que très tardivement dans

(1) Art. 197 du Code civil.

notre droit, et, comme nous allons le voir, ce ne fut que longtemps après qu'elle fut imposée d'une manière absolue. L'article 181 de l'Ordonnance de Blois de 1579 prescrivait l'emploi des registres de baptême, mariage et décès « pour éviter les preuves par témoins que l'on est
« souvent contraint de faire en justice touchant les nais-
« sances, mariages, morts et enterrements des per-
« sonnes (1). »

Ainsi avant 1579, les mariages pouvaient certainement être prouvés par témoins, puisque l'Ordonnance de Blois le déplore. Ce mode de preuve, d'après M. Esmein, ne fut pas exclu par cette ordonnance, et ce ne fut que la jurisprudence de la deuxième moitié du xvi^e siècle qui chercha à restreindre la preuve testimoniale en matière de mariage (2).

L'Ordonnance de 1629, dans son article 40, n'admet en principe que la preuve écrite du mariage : » Nous
« défendons à tous juges, même à ceux de cour d'Église
« de recevoir à l'avenir aucune preuve par témoins et

(1) V. M. Esmein, *Mariage en droit canonique*, t. II, p. 204 et Isambert, t. XIV, p. 423.

(2) « La Jurisprudence française, s'appuyant sur l'article 54 de
« l'ordonnance de Moulins qui défendait de recevoir la preuve par
« témoins de conventions excédant la valeur de 100 livres décidait
« que comme les conventions matrimoniales excédaient la valeur de
« 100 livres, on devait écarter quant à elle ce mode de preuve. Mais
« elle restait possible quant à la preuve du bien matrimonial.
« D'après un autre raisonnement on n'admettait la preuve testi-
« moniale que pour les mariages et les promesses de mariage con-
« tractés avec une large et solennelle publicité. » V. M. Esmein,
« *Mariage en droit canonique*, t. II, p. 205.

« autres que par écrit en fait de mariage fors et réservé
« entre personnes de village, basse et vile condition ; à la
« charge néanmoins que la preuve n'en puisse être admise
« que des plus proches parents de l'une ou l'autre des
« parties et au nombre de six pour le moins. »

Enfin, l'article 1^{er} du titre XX de l'Ordonnance sur la procédure de 1667 déclare : « Les preuves de l'âge du
« mariage, et du temps du décès seront reçues par des
« registres en bonne forme qui feront foi et preuve en
« justice (1). »

Cette décision se trouve reproduite dans notre Code civil à l'article 194 qui déclare : « Nul ne peut réclamer le
« titre d'époux et les effets civils du mariage s'il ne pré-
« sente un acte de célébration inscrit sur les registres de
« l'état civil, sauf les cas prévus par l'article 46 », c'est-à-dire certains cas de force majeure tels que l'inexistence des registres ou leur perte.

Dans ces cas on peut alors prouver le mariage par papiers domestiques ou par témoins.

Voyons maintenant de quelle manière ce dernier mode de preuve était admis en France.

Bien qu'il soit possible de soutenir dans une première opinion que la preuve testimoniale suffisait à elle seule puisque le Concile de Trente n'avait institué les registres que *Ad majorem et faciliorem rei gestæ probationem* ; cependant, d'après une opinion qui était plus généralement acceptée, on admettait que pour se prévaloir de la preuve

(1) M. Esmein, *Mariage en droit canonique*, t. II, p. 206.

testimonial, il fallait y joindre un commencement de preuve par écrit (1). Ce commencement de preuve par écrit pouvait être soit un acte de baptême dans lequel un défendeur avait signé comme témoin, soit un testament du père, soit une déclaration de naissance faite par le père ; en un mot, un acte privé émanant de celui à qui on l'opposait. A l'appui de cette opinion, on présentait différents textes, entre autres la loi 29, livre XXII, titre III *De probationibus* (au *Digeste*).

D'après ce texte, la preuve en matière de filiation ne doit pas seulement consister en témoignages, mais doit résulter de lettres qui auraient été envoyées par les époux et qui pourraient aussi servir de complément de preuve ; et la loi 2 au Code (*De Testibus*) qui décidait que si un ingénu avait à défendre sa condition, il devait le faire au moyen d'écrits, car les témoins seuls sont insuffisants pour prouver la qualité d'ingénu. Cette opinion était sans doute la meilleure, mais nous pouvons affirmer en tout cas que le droit canon se contentait de la preuve testimoniale. Voici, en effet, ce qui est dit dans Merlin (*Questions de droit*, 3) : « Tout le monde sait que le droit canonique, « tout en imposant aux ministres du culte l'obligation de « tenir registre des mariages qu'ils célébraient et avaient « seuls qualité pour célébrer, ne laissait pas de réputer « valables les mariages dont il n'avait pas été tenu registre « et qu'il en admettait la preuve par toute autre espèce de « voie (2). »

(1) V. Merlin (*Questions de droit*, Mariage, VIII. Affaire Pastoris).

(2) Dans le même sens l'arrêt rendu par la Cour de cassation

La possession d'état n'a joué un rôle dans la preuve du mariage qu'avant le Concile de Trente ; mais alors ce rôle était prépondérant puisque le mariage résultait du seul consentement. Ainsi le mariage, selon les époques, dut tour à tour être prouvé d'abord par des témoignages auxquels il fallait peut-être ajouter un commencement de preuve par écrit, puis par un acte authentique.

2° Condition. — Il faut être dans un cas où le caractère de la nullité permet d'obtenir le mariage putatif

Le mariage putatif n'est reconnu qu'à la suite d'une sentence annulant un mariage ; il y a lieu de se demander si le caractère de la nullité exerce une influence, et si l'on peut accorder le mariage putatif quelque soit le motif pour lequel le mariage a été annulé.

Dans notre droit actuel, un mariage est nul lorsqu'une cause contemporaine de sa formation a empêché les époux de contracter légitimement. Selon les natures de cette cause, il en résulte des nullités de gravités différentes.

Les unes sont d'une rigueur extrême, et l'on admet

(21 mai 1810) qui porte : « que l'on ne pouvait induire la mauvaise « foi des dits Henri Pastoris et Thérèse Bellone de ce qu'il n'avait « pas été retenu acte de la célébration de leur mariage sur les « registres publics, puisque dans le dernier état du droit romain « l'écrit n'était pas une formalité substantielle du mariage et qu'il « ne l'a jamais été dans les principes du droit canonique, qui faisait « la loi du lieu où le mariage dont s'agit avait été contracté. » Merlin, *Questions de droit*, 3, p. 668.

qu'elles entraînent une inexistance complète. D'autres produisent également une nullité absolue, qui a besoin pour se manifester d'être constatée judiciairement. D'autres enfin ne produisent qu'une nullité relative; elles sont en général réservées à certaines personnes et sont susceptibles de se couvrir.

Cette triple distinction était étrangère au droit canonique, dans lequel le mariage était soit valable, soit inexistant selon que le sacrement était ou non reçu (1).

Mais il y a une autre distinction que les canonistes avaient créée et qui a été reproduite dans notre Code civil, c'est celle des empêchements prohibitifs et des empêchements dirimants. Les premiers ne permettaient pas de séparer des époux unis, les autres entraînaient toujours l'inexistence du mariage, à la différence de ce qui se passe dans notre droit actuel. Il n'y avait donc en droit canonique qu'une catégorie de nullités qui correspondait plutôt à la catégorie de nos mariages inexistantes (2).

Voici, d'après Isaure Toulouse (*Traité de l'annulation du mariage catholique*), la liste des empêchements dirimants : Le défaut d'âge, l'erreur, la crainte ou la violence, la condition, le vœu solennel, la parenté ou cognatio, l'affinité, l'honnêteté publique, le crime, la différence de culte, les ordres sacrés, le lien d'un précédent mariage, l'impuissance, le rapt, la clandestinité, la folie furieuse (3).

(1) V. Hauroy, *Traité du Mariage*.

(2) Puisque l'on admettait en droit canonique qu'un jugement d'annulation était inutile, attendu que le sacrement n'étant pas reçu, il n'y avait pas de mariage.

(3) Isaure Toulouse, *L'annulation du mariage catholique*.

Nous rechercherons à l'occasion des principales de ces nullités si des décisions de jurisprudence admettent le mariage putatif dans leur cas.

Étudions d'abord le cas où la nullité résulte d'un premier lien non dissous et dans lequel le deuxième mariage est entaché de bigamie. Dans ce cas, le droit canonique et la jurisprudence française admettent le mariage putatif.

Nous trouvons d'abord un texte rapporté au canon 14 du chapitre xvii, livre IV des *Décrétales*, émanant de la chancellerie d'Innocent III, dans lequel il est déclaré qu'une femme ignorant la première union de celui qu'elle croyait être son mari a par là même un titre à l'obtention du bénéfice du mariage putatif, lorsqu'elle a contracté suivant toutes les règles établies par les lois. Les solutions données par le pape dans les procès de Philippe Auguste et de Guillaume de Montpellier attestent la même règle. Un arrêt du 15 août 1597 rapporté par Louet, accorde le même bénéfice à une femme qui s'est contentée de la nouvelle de la mort de son mari (condamné aux galères) pour se remarier avec une personne qui savait que cette femme était mariée (1).

Depuis, la jurisprudence n'a pas varié, et l'on peut citer au xvii^e et au xviii^e siècle des sentences rendues en ce sens par des tribunaux civils. — Le 13 juin 1656, un arrêt proclame légitime un enfant dont la mère s'était remariée, croyant à la mort de son premier mari. — Le 5 septembre 1744 on déclare légitime un enfant dont la mère ignorait

(1) Ces arrêts sont cités par Merlin, *Répertoire*, Légitimité, I, I, p. 201.

que le père fût déjà marié lorsqu'il contracta avec elle (affaire *Cyranno*). — De même un arrêt de 1745 donne une solution semblable. — Il a été jugé de même aussi par un arrêt du 13 juillet 1752 dans une affaire *Jolivet*. — Une solution identique est encore donnée le 24 janvier 1777 dans un arrêt qui accorde le mariage putatif à une femme ayant contracté un deuxième mariage sur la foi d'un acte qui paraissait constater le décès de son premier mari. — Enfin un arrêt du 8 juillet 1779 donne la même solution (1).

La jurisprudence était donc sur ce point unanime et lorsque Portalis déclare que le mariage putatif est depuis longtemps passé dans nos mœurs et accepté par nos lois, ce n'est pas une formule vide de sens, mais une allusion à une jurisprudence vieille de six siècles.

Les textes parlent au contraire très peu de mariages putatifs accordés dans des cas où les mariages étaient frappés de nullité pour défaut d'âge ou impuissance ; il n'y avait pas néanmoins de raisons pour refuser le bénéfice du mariage putatif. Lorsque le mariage était annulé pour défaut d'âge, on pouvait toujours postérieurement le contracter valablement, comme cela pouvait se passer également lorsque le mariage était annulé pour clandestinité seule. Lorsque le mariage était annulé pour impuissance, quelque bon arrangement amiable pouvait avantageusement régler les différents qui pouvaient s'élever entre les époux au sujet de leurs rapports pécuniaires.

(1) Tous ces arrêts sont cités par Merlin, *Répertoire*, *Légitimité* I, I, p. 192.

Par contre, les demandes en nullité basées sur un lien de parenté, d'inceste ou d'alliance étaient fort nombreuses et ont certainement contribué à l'élaboration de la théorie. C'est d'ailleurs aussi à une nullité de cet ordre que se réfère le seul exemple de mariage putatif que nous rencontrons en droit romain et que nous avons vu plus haut (1).

Lorsque le mariage était annulé pour parenté, le droit canonique accordait toujours le bénéfice du mariage putatif.

Les nullités basées sur le fait que l'un des conjoints était engagé dans les ordres et qu'ayant prononcé des vœux il ne pouvait se marier valablement, étaient fréquentes. La jurisprudence abonde sur la matière, et tous les arrêts accordent les effets du mariage putatif dans ce cas.

Dès le ^{xiii}^e siècle, on peut citer un arrêt rendu au profit des enfants de Bouchard d'Avesne, qui était diacre. — Au ^{xiv}^e siècle, on accorde également le bénéfice du mariage putatif aux enfants d'un religieux profès (affaire Perdigues contre les religieux de Saint-Jean de Jérusalem). — Anne Robert rapporte un arrêt rendu le 22 juillet 1592 déclarant légitimes les enfants d'un prêtre et d'une femme qui a contracté de bonne foi. — Le 4 février 1619, un arrêt reconnaît légitimes également les enfants d'une femme et

(1) V. p. 11 où est citée la loi 57 (*De Ritu Nuptiarum*) des empereurs Marcus et Lucius Verus qui légitimèrent les enfants qu'une nièce avait eus de son oncle dont de bonne foi elle se croyait femme légitime.

d'un chevalier profès de l'ordre de Malte. — Un arrêt de Ferrières rapporté par Bardet (t. II, p. 14) rendu à l'Échiquier de Normandie déclare légitimes les enfants qu'une femme a eus de bonne foi d'un prêtre (1).

Cependant, certains mariages annulés ne peuvent pas bénéficier du mariage putatif ; ce sont les mariages clandestins. De tous temps, l'Église avait considéré comme preuve de bonne foi le fait de faire célébrer son mariage conformément à la loi ; mais, depuis les conciles de Latran et de Trente, on refusa le bénéfice du mariage putatif aux époux qui avaient contracté clandestinement. D'ailleurs, aux termes du canon du Concile de Latran, bien que l'obligation de faire publier son mariage ne soit pas imposée à peine de nullité, et ne soit considérée que comme un empêchement prohibitif, elle n'en était pas moins suffisante pour faire refuser le mariage putatif tout au moins aux époux, dont le mariage était annulé pour parenté.

Les autres empêchements prohibitifs ne s'opposaient pas plus au mariage putatif, qu'ils ne permettaient de faire annuler le mariage. Ils pouvaient néanmoins être interprétés comme présomption et mauvaise foi.

En résumé, le seul cas dans lequel le mariage putatif n'est pas possible, est celui d'une union conjugale annulée pour clandestinité, parce qu'alors il est difficile aux époux de satisfaire à sa seule condition essentielle qui est la bonne foi.

(1) Tous ces arrêts sont rapportés par Merlin, *Répertoire*, Légimité, I, I.

3° Condition.

Il faut que les époux ou l'un d'eux soient de bonne foi.

La bonne foi consiste dans le fait d'avoir une croyance sincère en la validité du mariage qui a été contracté. L'époux ne doit pas s'être douté qu'il pût y avoir obstacle à l'union contractée par lui. Les textes précisent et disent que l'époux est de mauvaise foi non seulement s'il a su que son mariage serait annulable mais même si pris d'un doute il n'a pas voulu se renseigner davantage de peur de découvrir quelque empêchement et de perdre sa bonne foi (1).

Cette bonne foi qui résulte d'une ignorance non volontaire est fondée sur une erreur qui peut être soit de fait, soit de droit. On comprend aisément une bonne foi reposant sur une erreur de fait ; ce sera par exemple, s'il se découvre après le mariage un lien de parenté qui l'eût empêché, dans le cas où ce lien eût été connu antérieurement. En voici un autre exemple : on ignore que son conjoint, que l'on a cru mort dans un naufrage, a pu s'échapper et est encore en vie. On peut enfin ne pas savoir que celui que l'on épouse a fait des vœux et ne peut, en conséquence, valablement se marier. La bonne foi basée sur une ignorance de droit peut très bien se concevoir aussi. Il y a erreur de droit si l'on ignore qu'il

(1) « Cum illi taliter contrahendo non expertes scientiæ vel saltem « affectatores ignorantiae videantur » (Quum inhibitio du concile de Latran, liv. IV, titre III, chap. III).

soit défendu de se marier à tel degré, alors que l'on sait pourtant être parent à ce même degré avec la personne que l'on épouse. Les cas dans lesquels la bonne foi repose sur une erreur de droit sont beaucoup moins fréquents que ceux de l'erreur de fait, et la légitimité du fondement de cette bonne foi ne va pas sans difficulté. En effet, d'après un principe qui est en quelque sorte l'assise de toute disposition légale : « nul n'est censé ignorer la loi. » Si cette présomption s'applique ici, les époux ne seront jamais de bonne foi lorsqu'ils allégueront une erreur de droit. La controverse a été vive à cet égard. M. Esmein fait remarquer que : « il ne semble pas que la « doctrine sur ce point fût parfaitement claire (1) », je me rangerai à son avis. Merlin n'a pas cru non plus pouvoir donner une solution précise à la question. A l'appui de l'opinion qui n'admet pas que la bonne foi puisse être basée sur une erreur de droit, il dit qu'une décision du grand conseil de Malines a déclaré illégitime la fille d'une femme qui avait cru n'avoir pas besoin de l'intervention de son curé pour se marier.

Cet exemple, à notre avis, n'est pas absolument probant ; car il y avait une présomption absolue de mauvaise foi contre le mariage clandestin, et ce mariage contracté sans l'intervention du curé est au premier chef clandestin.

D'ailleurs, une décision du conseil souverain de Frise, également citée par Merlin, et datant du 4 avril 1630, admet la légitimité des enfants dans un cas où un oncle et une nièce s'étaient unis par erreur de droit.

(1) M. Esmein, *Mariage en droit canonique*, t. II, p. 37.

Il est presque certain que l'erreur de droit permettait d'obtenir le bénéfice du mariage putatif autrefois comme elle le permet actuellement. Pourtant, en raison de la présomption que nul n'est censé ignorer la loi, on était peut-être plus exigeant lorsqu'il s'agissait de prouver l'erreur de droit.

De plus, il y aurait peut-être eu lieu de distinguer entre une erreur de droit chez une femme et la même erreur chez un homme ; car, dit d'Aguesseau : « l'ignorance du droit s'excuse en plusieurs cas dans une femme (1). » Je crois que notre matière est une de celles dans lesquelles il serait le plus intéressant et le plus juste d'excuser l'ignorance de droit chez une femme.

Après avoir distingué la bonne foi, en fait et en droit, il faut encore l'étudier à d'autres points de vue.

D'abord, la bonne foi d'un seul des époux est-elle suffisante pour permettre d'accorder les avantages du mariage putatif ? On a longtemps controversé le point de savoir s'il était nécessaire que les deux époux fussent de bonne foi, ou si la bonne foi de la part de l'un d'eux seulement suffisait pour lui assurer, ainsi qu'à ses enfants, tous les avantages du mariage putatif. La solution rigoureuse devrait être que seul le parent de bonne foi pourrait s'en prévaloir et que ses enfants ne seraient légitimes que par rapport à lui.

La théorie la plus ancienne, celle des glossateurs, divisait l'état des enfants et ne les considérait légitimes qu'à l'égard de celui de leurs parents qui avait contracté de

(1) Merlin, *Répertoire*, *Légitimité*, I, I.

bonne foi (1). Cependant, assez vite, la solution favorable aux enfants l'emporta.

A l'époque du pape Innocent III, dans les dernières années du xii^e siècle, on trouve nettement sanctionnée par des *Décrétales* l'opinion qui accorde aux enfants la légitimité même à l'égard d'un parent de mauvaise foi. Depuis, on a déclaré que cette solution était nécessaire car l'état des enfants est indivisible; ils ne peuvent être à la fois légitimes et illégitimes et comme on était résolu à leur accorder la légitimité vis-à-vis de celui de leurs parents qui était de bonne foi, on devait fatalement la leur reconnaître aussi vis-à-vis de l'autre.

Depuis, le droit français ne s'est pas départi de ce principe, et la tradition est constante sur ce point. On cite l'arrêt de Ferrières rendu en février 1507 par l'Échiquier de Normandie qui accorde la légitimité aux enfants d'une mère qui ignorait que son mari fût prêtre. — Un autre arrêt du 4 février 1689 décide également que l'enfant d'un religieux profès de l'Ordre de Malte et d'une femme qui l'a épousé de bonne foi aura tous les droits d'un enfant légitime dans la famille de son père. — De même, un arrêt rendu le 5 septembre 1744 adjuge la succession de leur père aux enfants que celui-ci avait eus d'une femme épousée par lui du vivant de sa femme légitime qu'il avait abandonnée (affaire Cyrano, de Chery, Cherbois). — Avant ce dernier, il y avait eu un arrêt rendu le 22 avril 1704, cité dans les *Nouvelles Notes sur Basnages*, dans une affaire Dumont contre de la Gripière et Masson. Il donne la même

(1) Merlin, *Répertoire*, Légitimité, I, I, § 4.

solution dans un cas d'annulation de mariage pour bigamie (1).

Les créateurs de la théorie se sont encore posé une autre question ; ils se sont demandé à quel moment il était nécessaire d'exiger la bonne foi. On pouvait concevoir deux solutions : ou bien ne réclamer la bonne foi qu'à l'instant où le mariage avait été célébré, ou l'exiger encore au moment où se produisait le fait générateur de l'intérêt qu'avait l'époux ou l'enfant de réclamer le bénéfice du mariage putatif. D'après ce second point de vue, l'époux aurait dû être de bonne foi au moment de la naissance, ou mieux au moment de la conception de l'enfant auquel le mariage putatif devait assurer la légitimité. De même aussi, l'époux aurait dû être de bonne foi lors du décès de son conjoint putatif pour pouvoir faire valoir ses propres droits de conjoint dans la succession. Par contre, il lui aurait suffi d'être de bonne foi lors de la célébration de son mariage pour pouvoir réclamer tous les avantages que lui assurait son contrat de mariage.

Cette solution rigoureuse, était-elle plus logique que la précédente ? Cela semble l'être à première vue. Cependant ce ne fut pas celle qui l'emporta dans la théorie définitive, car l'autre opinion, qui se contentait de la bonne foi au moment de la célébration du mariage, était plus favorable aux époux et aux enfants et donnait des solutions plus satisfaisantes.

En effet, s'il est encore possible de faire la preuve de la bonne foi à un moment précis et une fois pour toutes,

(1) Ces cas sont cités par Merlin, *Répertoire*, Légitimité, p. 193.

lors de la célébration du mariage, il eut été bien difficile de faire cette même preuve pour les différentes époques du mariage, celle de la conception des enfants ou celle du décès de l'époux, etc. Ces preuves eussent, en outre, été bien périlleuses, et comme elles auraient pu être contradictoires, qu'aurait pu faire le juge si l'on avait établi la preuve de la bonne foi à deux instants différents et si l'on n'avait pas pu l'établir pour un instant intermédiaire. Le résultat final n'aurait pas été bon.

D'ailleurs, le fait essentiel que l'on considère comme digne d'intérêt, c'est celui de contracter de bonne foi. C'est dans l'intérêt des effets en général du mariage lui-même que l'on a accordé des effets à la bonne foi ; c'est là un exemple de plus de la bienveillance que les législateurs de tout temps ont montré pour le mariage, et, en effet, c'est bien en considération du mariage que la bonne foi produit effet, puisque, en règle générale, le titre putatif ne produit pas effet ; il y a pourtant bien d'autres cas dans lesquels la bonne foi est digne d'intérêt.

Preuves de la bonne foi

Nous commencerons par faire remarquer que celui des époux qui invoque sa bonne foi, invoque, par là même, l'erreur qui la justifie. En conséquence, on devra tenir pour faite la preuve de la bonne foi lorsque la preuve de sa condition qui est l'erreur l'aura été. Nous parlerons donc indifféremment de l'une ou de l'autre preuve, puisqu'elles se réfèrent à un même objet.

Il y a deux manières pour les juges de reconnaître la

bonne foi d'un conjoint. Ils peuvent soit exiger de ce dernier qu'il fournisse la preuve, soit décider d'après les présomptions.

1° Établissement de la bonne foi par des preuves

A qui incombait-il de fournir les preuves ? Cette question qui se pose actuellement encore dans le droit civil est assez controversée. D'après M. Planiol, on admettait autrefois que c'était aux époux eux-mêmes à faire la preuve de la bonne foi, puisqu'ils devaient en outre prouver qu'ils avaient un juste motif de l'être (1). Il semble bien, en effet, que la condition imposée autrefois aux époux de bonne foi de présenter un juste motif d'erreur, n'était qu'une précision apportée à la nécessité pour eux de prouver leur bonne foi. Le juste motif d'erreur comme l'absence de clandestinité ne sont, en réalité, que des formes de la nécessité de la bonne foi. D'ailleurs, cette solution est conforme au principe général, d'après lequel celui qui veut bénéficier d'une faveur exceptionnelle de la loi, doit justifier qu'il remplit les conditions requises (2).

(1) V. M. Planiol, t. I, n° 1099.

(2) Cette opinion a été défendue dans notre droit actuel par Demolombe et Laurent. MM. Aubry et Rau prétendent par contre qu'il y a lieu de distinguer entre l'erreur de droit et l'erreur de fait et que dans le deuxième cas il y a lieu de présumer la bonne foi. Quant à la jurisprudence, elle présume toujours la bonne foi, mettant par conséquent la preuve à la charge de celui qui allègue la mauvaise foi (V. M. Planiol, t. I, 1099).

2° Rôle des présomptions

Il faut apporter deux restrictions à cette condition nécessaire pour l'époux de prouver lui-même sa bonne foi.

D'un côté, on facilite la preuve dans certains cas par des présomptions sous entendues qui renforcent considérablement une preuve peu solide. Nous les appellerons des présomptions positives de bonne foi.

D'un autre côté, on rend plus difficile, parfois même impossible, la preuve de la bonne foi par des présomptions négatives, c'est-à-dire des présomptions de mauvaise foi.

Ainsi, la preuve de l'erreur se trouve moins largement ouverte qu'elle ne devrait l'être de droit commun, à la fois par l'inutilité d'une preuve rigoureuse dans certains cas, et par l'inefficacité d'une preuve réelle dans d'autres; des présomptions venant dans un cas renforcer la preuve et dans l'autre l'affaiblir.

Présomptions de bonne foi. — Il est impossible, il serait tout au moins fastidieux, de rechercher tous les cas dans lesquels on considère qu'il y a lieu de faciliter la preuve de l'erreur, et de dire ce que l'époux doit prouver dans chacun de ces cas. Nous chercherons seulement, à l'aide de quelques exemples, à dégager l'esprit qui a présidé à cette facilité accordée à la preuve.

Prenons le cas dans lequel une femme qui a cru à la mort de son conjoint et s'est remariée sur une fausse

nouvelle, veut établir son erreur et sa bonne foi. Dans le droit commun, depuis l'ordonnance de Blois de 1579 (art. 181) (1), pour pouvoir croire légalement à la mort d'une personne, il faut pouvoir se prévaloir d'un acte de décès ou faire les preuves encore exigées actuellement dans les cas où les registres ont été perdus ou détruits. Or, dans notre hypothèse que faut-il à la femme pour qu'elle puisse prétendre avoir cru de bonne foi à la mort de son conjoint et s'être remariée en raison de cette croyance. La Décrétale *In præsentia* (2) répond : les femmes ne peuvent convoler en justes noces aussi longtemps que la nouvelle certaine (*certum nuncium*) de la mort de leur conjoint ne leur est pas parvenue. Nous pourrions donc

(1) « Bien que déjà l'ordonnance de Villers-Cotterets, de 1536, « prescrivit l'obligation de tenir des registres de naissance, mariage « et décès, ce ne fut guère que l'ordonnance de 1667 qui leur donna « une force obligatoire égale à celle qu'ils ont actuellement » (M. Esmein, *Mariage en droit canonique*, t. II, p. 206).

(2) Decretales, liv. IV, tit. I (xix), Clemens III Cæsaraugustensi Episcopo.

« In præsentia nostra positus a nobis quævisisti quid agendum
« tibi sit de quibusdam mulieribus in tua diocesi constitutis quæ
« quum viros suos causa captivitatis vel peregrinationis absentes
« jam ultra septennium prætolatæ fuerint, nec certificari possunt
« de vita vel de morte ipsorum, licet super hoc sollicitudinem
« adhibuerint diligentem et pro juvenili ætate seu fragilitate carnis
« nequeunt continere petentes aliis matrimonio copulari. « Quum
« autem dicat apostolus mulier tam diu alligata est viro, quam diu
« vir ejus vivit. » Consultationi ergo tuæ taliter respondemus, quod
« quantocumque annorum numero ita remaneant; viventibus viris
« suis non possunt ad aliorum consortium canonice convolare, nec
« tu eas auctoritate Ecclesiæ permittas contrahere, donec certum
« nuncium recipiant de morte virorum (Dat Laterani).

considérer que la femme est de bonne foi si le *nuncium* de la mort de son mari était *certum*. Mais cette expression *certum nuncium*, qui semble assez claire au premier abord, a été cependant la source d'une controverse des plus graves. Certains prétendirent que cette expression renvoyait à l'authentique *Hodie* (1). Cette loi romaine imposait entre autres choses à la femme du soldat mort au combat, l'obligation, si elle désirait se remarier, d'obtenir, sous serment du chef de son mari, l'attestation du décès de ce dernier (2). (Ce procédé qui consistait à étendre un texte spécial à tous les cas analogues était fréquent à cette époque). Dans cette opinion, *certum nunciun* devenait synonyme d'acte authentique. D'après l'autre théorie, *certum nuncium* signifie seulement nouvelle certaine, nouvelle que rien ne contredit et à laquelle tout permet de croire. En fait, cette seconde notion, plus conforme à l'équité et au sens véritable de la Décrétale, a prévalu. Comment d'ailleurs, une opinion qui ne reposait que sur

(1) Authentique *Hodie*. Code liv. V, tit. 17, loi 7 (Nouvelle 117, chap. xi).

Hodie quantiscumque annis maritus in expeditione manserit, mulier susfinere debet, licet neque litteras, neque responsum, ab eo acceperit. Sed si mortuum audierit non prius nubat, quam per se vel per alium, eam sub quo militabat adiens interrogavit si pro veritate mortuus est ut apud gesta deponatur cum jurejurando si mortuus sit quo subseculo post annum nubat. Si vero præter hæc nupserit tam iptā quam qui eam duxerit velut adulterii puniantur. Sed qui juraverit si falso jurasse convincatur : militia nudatus, decem libras auri solvet illi quem mortuum fuisse mentitus est eo licentiam habente si voluerit suam uxorem recipere.

(2) Merlin, *Questions de droit*. Mariage VIII.

la lettre d'un texte dont on discutait l'abrogation, eût-elle pu prévaloir dans une institution si peu en harmonie avec les conceptions du droit romain ?

Cette controverse doctrinale, portant sur le point de savoir si dans le cas de cette femme la preuve de la bonne foi n'était acquise que si la femme avait eu une attestation précise de la mort de son mari, n'offre pas pour nous un intérêt considérable ne se reliant pas à la nature profonde du mariage putatif. Elle ne sert qu'à montrer le plus ou moins d'utilité que l'on voulait donner au mariage putatif, puisque plus on est large sur le sens à donner au mot *certum nuncium*, plus on accorde facilement le mariage putatif.

Merlin nous laisse entrevoir le degré de force qu'avait cette présomption de bonne foi ; voici, en effet, ce qu'il dit : « Lorsque les époux putatifs n'ont négligé aucune
« formalité, il faut des preuves bien claires de leur mau-
« vaise foi pour faire déclarer bâtards des enfants auxquels
« ils ont donné le jour. »

Et à l'appui de cette constatation, il cite un arrêt du 30 août 1597 rapporté par Louet : « qui juge légitimes les
« fruits d'un second mariage contracté par une femme du
« vivant de son mari condamné aux galères, ayant néan-
« moins entendu que son dit mari était mort, s'étant con-
« tenté de cette nouvelle, sans particulièrement faire ouïr
« le messenger, mettre sa déposition *apud acta* et attendu
« l'an pour se remarier. Le mariage avait été solemnisé en
« face de l'Église, le mari sachant que la fiancée était
« mariée (1). »

(1) Merlin, *Répertoire*. Légitimité I. I.

Cette citation atteste nettement cette présomption qui facilitait dans une notable proportion la preuve de la bonne foi.

Merlin cite encore d'autres cas dans lesquels on s'est montré bienveillant pour admettre la bonne foi du conjoint comme acquise : Un arrêt du 24 janvier 1777, conforme aux conclusions de l'avocat général Séguier, reconnaît la légitimité d'un enfant dont la mère s'était remariée « sur la foi d'un acte qui paraissait constater le décès » de son mari (aff. Martinet Nollet (1). Dans l'affaire Pastoris, rapportée par Merlin dans ses questions de droit, nous trouvons un exemple de mariage putatif accordé à une femme qui s'était contentée pour preuve de son ignorance de l'existence de son mari lors de son remariage, de prouver que : « la nouvelle de la mort de son mari s'étant « répandue, elle avait dès lors été reconnue et s'était elle « même considérée comme veuve et que c'était dans cette « confiance qu'elle s'était remariée (2). »

La possession d'état pouvait donc servir de juste motif d'erreur, et suffire parfois à engendrer le bonne foi capable de faire produire à un mariage nul tous les effets civils d'un mariage véritable.

Ainsi l'on voit que les jugesse montraient peu sévères et admettaient facilement la preuve de la bonne foi ou de l'erreur. Il ne s'agissait pas en effet dans ce cas particulier de prouver qu'il eût été impossible de découvrir l'existence du premier conjoint, que l'on avait tout fait pour y par-

(1) Merlin, *Répertoire*, Légitimité I. I. (III), p. 193.

(2) Merlin, *Questions de droit*. Mariage VIII, aff. Pastoris.

venir et que, tous moyens épuisés, on s'était résolu à accepter la nouvelle de la mort comme vraie. On pourrait plutôt traduire *certum nuncium* par nouvelle certaine, nouvelle qui n'est pas équivoque, contre laquelle il n'y a pas d'objection à présenter, qui ne laisse pas de doute dans l'esprit. Or, n'est-ce pas là le caractère pur et réel de la bonne foi, chose essentiellement subjective et personnelle.

D'ailleurs, dans le canon du concile de Latran inscrit dans le chapitre *De clandestina desponsatione* aux *Décretales*, il est dit que l'on ne peut profiter de son ignorance si elle est le fruit du soin que l'on a mis à ne pas s'instruire. Ce texte écrit spécialement pour refuser la légitimité aux enfants nés d'un mariage à la foi clandestin et incestueux, mais contracté par ignorance, nous donne une vue très juste du caractère de la bonne foi digne de produire des effets (1).

(1) *Decretale*, De clandestina desponsatione. Innocent III, l. IV, t. III, c. III.

Quum inhibitio copulæ conjugalis sit in ultimis tribus gradibus revocata eam in aliis volumus districte servari. Unde predecessorum nostrorum vestigiis inhærendo, clandestina conjugia penitus inhibemus prohibentes etiam ne quis sacerdos talibus interesse præsumat. Quare specialem quorundam locorum consuetudinem ad alia generaliter prorogando, statuimus ut cum matrimonia fuerint contrahenda, in ecclesiis per presbyteros publice proponantur competentis termino præfinito, ut, infra illum qui voluerit legitimum impedimentum opponat, et ipsi præsbiteri nihilominus investigent utrum aliquod impedimentum obsistat. Quum autem apparuerit probabilis conjectura contra copulam contrahendam contractus interdicatur expresse, donec quid fieri debeat super eo, manifestis constiterit documentis. Si quis vero hujusmodi clandestina vel interdicta conjugia inire præsumpserit in gradu prohibito etiam ignoranter, soboles de tali conjunctione suscepta prorsus illegitima censeatur

Présomptions de mauvaise foi. — Par opposition à cette facilité accordée dans certains cas aux parties pour prouver leur bonne foi, il y a lieu de noter un autre courant qui, dans bon nombre de cas, paralysait cette bienveillance, en dressant en face d'elle tout un système de présomptions de mauvaise foi.

Nous procéderons, pour les présomptions de mauvaise foi, comme nous avons fait pour celles de bonne foi ; nous essaierons de donner un aperçu de leur rôle dans un cas particulier. Nous prendrons le cas de bigamie, comme précédemment, et nous chercherons à voir si toutes ces présomptions proviennent de tendances et de principes opposés ou si elles concourent toutes à un même but.

Les présomptions de mauvaise foi qui sont d'une force très différente, sont parfois unanimement reconnues, d'autres fois très discutées et même niées par la théorie définitive.

La plus considérable des présomptions de mauvaise foi est celle attachée au fait d'avoir clandestinement contracté

de parentum ignorantia nullum habitura subsidium : quam illi taliter, contrahendo non expertes scientiæ vel saltem affectatores ignorantie videantur. Pari modo proles illegitima censeatur si ambo parentes impedimentum scientes legitimum præter omne interdictum etiam in conspectu ecclesiæ contrahere præsumpserint. Sanè, si parochialis sacerdos tales conjunctiones prohibere contempserit, aut quilibet etiam regularis, qui eis præsumpserit interesse perfrictum ab officio suspendatur, gravius puniendus, si culpæ postulaverit. Sed et his qui taliter præsumpserint etiam in gradu concessu copulari, condigna pœnitentia injungatur. Si quis autem ad impediendam legitimam copulam malitiose impedimentum objecerit, canonicam non effugiet ultionem.

mariage. Le mystère dont les époux se sont entourés semble une précaution qu'ils ont prise pour déjouer les oppositions. L'effet de cette présomption n'est nié par personne, et il est si radical que la bonne foi ne peut être prouvée à son encontre. Nous examinerons d'ailleurs ce point plus loin dans le paragraphe consacré à la clandestinité.

On s'est demandé si l'absence de dénonciation du mariage pouvait être interprétée comme une présomption absolue de mauvaise foi. Voici ce que dit M. Esmein à ce sujet : « Fallait-il également considérer comme clandestin « celui (le mariage) qui a été célébré *in facie Ecclesiæ* « mais sans publication de bans ? L'affirmative, semble-t-il, « ne pouvait faire doute, car le décret du Concile de « Latran visait expressément cette déchéance. Cependant, « comme dans ce passage, le Concile, en parlant des « mariages clandestins, n'avait pas dit s'il voulait désigner « les mariages clandestins seulement au sens ancien ou « aussi au sens nouveau du mot, des docteurs éminents « professaient l'opinion contraire qui était favorable(1). » La question était donc controversée; les uns voulaient voir dans le canon de Latran une présomption irréfutable de mauvaise foi, faisant produire à l'absence de bans les effets que produisait l'absence des formalités substantielles en ce qui concerne le mariage putatif. Les autres au contraire, ne voyaient dans l'absence de bans qu'un fait de nature à empêcher le juge de s'arrêter à une preuve trop légère de la bonne foi. Nous retrouverons plus loin cette

(1) M. Esmein, t. I, p. 182, *Mariage en droit canonique*.

discussion lorsque nous étudierons la nécessité de l'absence de clandestinité. Nous verrons que le texte décide nettement que l'absence de bans permet de refuser le bénéfice du mariage putatif, mais qu'il a été écrit spécialement à l'occasion des mariages annulés pour inceste et que par conséquent, il est permis de se demander s'il devait être interprété strictement, ou étendu à tous les autres cas dans lesquels un mariage est annulé (1).

On a prétendu aussi que la femme qui, pour se remarier, n'attendait pas le délai d'un an à partir de la mort de son premier mari, était suspecte de mauvaise foi. En effet, disait-on, si l'épouse a agi aussi hâtivement à une époque où le décès pouvait sembler certain à tout le monde, c'est qu'elle avait peut-être une arrière pensée, et qu'elle craignait que le temps n'apportât la preuve de son erreur : Elle a voulu devancer le retour de son conjoint. Cette présomption de mauvaise foi avait une grande force, aussi des canonistes de premier ordre, parmi lesquels on peut citer Barthole et Lopez (2) l'ont-ils défendue. Ils rattachaient cette présomption à l'Authentique *Hodie* (Novelle 117 que nous avons citée plus haut) (3) qui visant le cas particulier où une femme de militaire apprend que son mari est mort dans une expédition, décide qu'elle ne peut se remarier qu'un an entier après que l'officier supérieur de son mari lui a solennellement et sous la foi du serment attesté le décès de son mari. Les partisans de cette présomption

(1) Merlin, *Questions de droit*. Affaire Pastoris, Mariage VIII.

(2) Merlin, *Questions de droit*. Affaire Pastoris, Mariage VIII.

(3) Authentique *Hodie*. Novelle 117, chap. II. V. plus haut, p. 58.

déclaraient que cette loi n'était pas abrogée, et généralisaient l'obligation pour la femme d'attendre un an pour se remarier. Ils la mettaient au nombre des solennités et déclaraient clandestins les mariages contractés au mépris de cette prescription. A cet argument, les adversaires de cette opinion répondaient que la Décrétale *In præsentia* (1) ne fixe aucun délai de rigueur pour les remariages, et qu'elle n'exige qu'une nouvelle certaine de la mort du conjoint. Ils ajoutaient de plus que si expressément le texte de l'Authentique *Hodie* n'avait pas été abrogé, il était du moins en contradiction avec l'esprit de tous les préceptes canoniques. Le pape Léon, notamment, dans une lettre qu'il écrit à Nicetas, évêque d'Aquilæ, rappelle que l'Église excuse les femmes pressées par la nécessité de se créer un protecteur, et qu'elle légitime les enfants nés des unions précipitées. Devant les arguments que l'on peut tirer de l'esprit de cette lettre, l'Authentique de la novelle 117 ne devient plus que l'argument littéral d'une opinion doctrinale battue en brèche par une longue jurisprudence. Cette dernière opinion, d'ailleurs, à laquelle Merlin s'est rallié, est défendue par Innocent IV, Jean André, Rolandus, Barboza et Sanchez (2). Quelles que soient la valeur et l'efficacité de cette présomption de mauvaise foi créée par la précipitation du nouveau mariage, il était cependant utile de la mentionner en raison de l'abondance de la littérature qui existe sur la matière. Si cette présomption n'avait pas une valeur légale, définie,

(1) *Décrétale In præsentia*. V. plus haut, p. 57.

(2) Merlin, *Questions de droit*, Mariage VIII.

elle était néanmoins suffisante pour rendre la preuve de la bonne foi plus difficile. Si les juges ne l'admettaient pas comme une présomption péremptoire, ils étaient néanmoins susceptibles d'être impressionnés par ce fait, et cela ne pouvait que servir les intérêts de la partie qui l'avaient invoquée contre le mariage.

On a voulu voir aussi une présomption de mauvaise foi contre l'époux qui a épousé son complice d'adultère, tout au moins dans le cas où ce second mariage est annulé pour bigamie. Il est certain d'une part que le mariage célébré entre coupables d'adultère doit être annulé s'il y a eu promesse de mariage faite du vivant de l'offensé ou s'il y a eu des machinations en vue de provoquer sa mort, et d'autre part les juges exigeront certainement dans ce cas des preuves de bonne foi très difficiles à fournir en raison du crime qu'ils auront commis.

Mais il y a lieu de se demander, si, en dehors de cet adultère spécifié et particulièrement grave, toute personne qui a été adultère est présumée de mauvaise foi, et si, s'étant remariée avec son complice du vivant de son conjoint, elle peut alléguer sa croyance de la mort de celui-ci. Il serait incompréhensible puisque le seul adultère, contrairement au droit romain (1), d'après le droit canonique (2) n'est pas un « motif suffisant pour établir ce « dol qui jadis avait fait proscrire ces sortes de mariages » (3) qu'il pût suffire à faire présumer d'une

(1) V. loi 3, *De his quibus et indignis*, chap. XII, Nouvelle 134 (Justinien).

(2) *Décrétales*, liv. IV, t. VII, chap. I, III, VI, VII.

(3) V. Merlin, *Questions de droit*. Mariage VIII, Affaire Pastoris.

manière irréfragable la mauvaise foi des époux coupables. Aucun texte n'établissant formellement cette présomption, nous devons seulement admettre que l'adultère peut tout au plus impressionner l'esprit des juges, et les rendre plus exigeants dans la preuve de la bonne foi qu'ils demanderont aux époux.

Ainsi donc, nous voyons que la condition de bonne foi était la condition fondamentale du mariage putatif dans le droit canon et que toutes les autres conditions que l'on exigeait également n'étaient que ses démembrements, et des précisions données à cette condition principale. Tout est créé en vue d'obtenir la preuve de bonne foi, parce qu'en droit canonique, c'est en considération surtout de la bonne foi que l'on a créé la théorie du mariage putatif. On n'a pas voulu que l'institution du mariage pût être pour certaines personnes, par suite d'une ignorance de fait ou de droit, la source de dommages. Les preuves que devaient fournir les demandeurs en raison de leur but (établir en justice un état d'esprit à un moment donné) étaient à la fois extrêmement souples et compliquées. Le rôle que remplit le juge en cette matière est considérable, car selon qu'il résulte de la cause une présomption favorable ou défavorable aux parties, les preuves sont facilitées ou rendues, au contraire, plus difficiles. Peut-être, faut-il expliquer la confusion, l'imprécision apparente des indices qui guident le juge par l'origine même de cette institution. Elle a été créée en matière spirituelle, en vue d'effets spirituels, et les premières décisions sont des reconnaissances par l'Église de l'absence de fornication en raison

de l'intention. Ce fut un juge spirituel qui créa le mariage putatif, il en fit un cas de conscience (1).

Lorsque le droit civil a fait sienne cette théorie, il s'est incorporé une doctrine toute formée qui avait un système de preuves spécial et qu'il a dû adopter pour ne pas transformer entièrement cette institution. Par là, s'expliquent peut-être toutes les dérogations exorbitantes aux principes du droit commun et notamment à celui que nul n'est censé ignorer la loi.

4^e condition. — Pour obtenir le bénéfice du mariage putatif, il faut faire valoir un juste motif d'erreur

Avant de préciser la notion du juste motif d'erreur par des exemples, il est nécessaire d'en donner une définition. Autrefois : « Il fallait, dit M. Planiol, que l'époux eût à « faire valoir une juste cause, expliquant l'erreur dans « laquelle il était tombé. » (2) Cette condition qui a été soigneusement distinguée de la condition de bonne foi par Hertius est cependant en relation directe avec elle ; elle en est comme une manifestation extérieure ou plus précisément, elle mesure le degré, la limite dans laquelle la bonne foi peut être invoquée par l'époux. De même que l'on distingue parfois la faute grave ou légère de la faute inexcusable, de même on distingue dans notre matière l'erreur excusable de l'erreur inexcusable ; et prouver le

(1) L'Église, en son domaine, donne effet aux mariages de conscience.

(2) M. Planiol, t. I, p. 364.

juste motif d'erreur, c'est prouver que l'erreur est admissible, est excusable. En réalité, cela revient à prouver que l'erreur était possible et que par conséquent la bonne foi l'était aussi.

Parmi les justes motifs d'erreur il est des degrés. L'un des plus connus, qui était à la fois très efficace et admis par tout le monde, est celui qui a son fondement dans l'autorité d'une décision judiciaire annulant un mariage antérieur. Dans la Décrétale du pape Innocent III, accordant la légitimité aux enfants de Philippe Auguste et d'Agnès de Méranie, le premier jugement annulant le mariage de ce roi et de la reine Ingeburge est formellement reconnu comme un excellent et juste motif d'erreur.

Dans le cas où le deuxième mariage est annulé pour bigamie, la bonne foi pour le bigame consiste dans la croyance qu'il avait de la mort de son conjoint. Il faut donc que la nouvelle de ce décès soit suffisamment accréditée pour qu'elle puisse fonder un juste motif d'erreur, et il semble que ce soit là le sens que l'on pourrait donner à l'expression *Certum nuncium* (1) de la Décrétale *In præsentia*. Cette expression désigne la mesure du juste motif d'erreur plutôt qu'elle n'est un renvoi à l'authentique *Hodie* (2) abrogée depuis longtemps.

Il résulte de divers arrêts que le juste motif d'erreur existera si par exemple : « L'épouse de bonne foi a cru à « un acte qui paraissait constater le décès de son mari. » (24 janvier 1877, aff. Martinet citée par Merlin), ou si un

(1) V. Décrétale *in præsentia*, citée p. 57.

(2) V. l'authentique *Hodie*, citée p. 58.

mari a reçu un extrait mortuaire du décès de sa première femme (V. arrêt de B 1779, Merlin) (1).

Par bon nombre de décisions, on peut constater que la doctrine primitive du droit canonique qui confondait le juste motif d'erreur et la bonne foi a triomphé, et que l'on n'hésitait guère à toujours trouver un juste motif d'erreur dans le fait permettant de reconnaître la bonne foi.

Il nous serait intéressant de savoir quels étaient les justes motifs d'erreur que l'on pouvait invoquer dans le cas d'erreur de droit. Mais les renseignements sont malheureusement peu nombreux et imprécis. On admettait cependant qu'il pouvait y avoir un juste motif d'erreur de droit dans l'ignorance par l'un des époux, la femme notamment, de l'interdiction de se marier entre oncle et nièce (2).

Mais lorsque l'ignorance de droit portait sur les formalités à remplir pour le mariage, on n'accordait pas le mariage putatif; car en pareil cas, aux yeux de l'Église, le mariage était clandestin; or, la prohibition des mariages clandestins ne devait être ignorée de personne et ne pouvait pas, par conséquent, être un juste motif d'erreur (3), la clandestinité étant par elle-même une présomption irréfragable de mauvaise foi.

(1) Tous ces arrêts sont puisés dans Merlin, *Répertoire*, Légitimité I. I.

(2) Merlin, *Répertoire*, Légitimité I. I. Citant d'après les décisions Frisice de Sande un arrêt du conseil souverain de Frise du 4 avril 1630, qui répute légitimes les enfants nés d'un oncle et d'une nièce mariés et invoquant l'erreur de droit.

(3) Arrêt du 27 février 1710. V. Merlin.

Merlin ne semble pas admettre en principe que l'erreur de droit puisse produire le même résultat que l'erreur de fait. Il est sans doute l'interprète de la théorie civiliste qui admet moins volontiers que la théorie canonique l'erreur de droit et qui, aussi souvent qu'elle le peut, déclare cette dernière erreur inexcusable.

En réalité, si l'on peut facilement concevoir en doctrine une théorie du juste motif d'erreur considéré comme condition spéciale, celle-ci devait s'effacer avec le temps sous l'influence de la jurisprudence.

Elle ne devint bientôt plus qu'une condition artificielle, qui doublait la condition de bonne foi, ne faisant guère que donner au juge une mesure vague du degré de bienveillance qu'il devait montrer dans l'admission de la vraie condition qui était la bonne foi.

Si donc cette condition de juste motif d'erreur née dans le droit canon sous l'influence du droit civil ne se retrouve plus dans la jurisprudence moderne, nous verrons qu'il n'y a guère lieu de le regretter. En effet, nous possédons une jurisprudence séculaire sur la question dont l'esprit et le sens sont plus nets et plus précis que ceux qui pouvaient résulter de cette condition. Il est certain que l'on peut expliquer par là ce double courant : l'un, de la doctrine représentée par Portalis qui continue à réclamer un juste motif d'erreur ; l'autre, de la jurisprudence qui, elle aussi traditionnaliste, refuse de l'appliquer tout au moins ostensiblement.

Ainsi donc, pour nous, prouver le juste motif d'erreur, c'est prouver la bonne foi ; c'est du moins ce qui se dégage des faits, sinon de la logique et de la doctrine.

5° Condition. — Si le mariage annulé a été clandestin, il ne peut servir de base à un mariage putatif

« Les mariages clandestins ne participaient pas aux avantages des mariages putatifs ; s'ils étaient nuls pour quelque cause ignorée des conjoints, quelle que fût la bonne foi de ceux-ci, les enfants issus de ces mariages n'en étaient pas moins illégitimes (1). »

Ce principe est hors de doute, la doctrine et la jurisprudence sont unanimes sur ce point ; mais les difficultés et la divergence de vues se manifestent lorsqu'on veut préciser le sens à donner au mot clandestin.

Avant d'aborder l'étude des formalités que les parties doivent observer sous peine de voir réputer leur mariage clandestin (célébration *in facie Ecclesiæ*, présence des témoins, publication de bans tout au moins dans certains cas) et avant de rechercher le degré de rigueur avec lequel il faut les observer, il est nécessaire de rappeler brièvement l'histoire des formalités imposées aux personnes désirant contracter mariage (2).

Le principe fondamental du droit canonique en matière de mariage est le suivant. Le mariage se forme par le seul accord du consentement des époux qui sont eux-mêmes les ministres du sacrement. Néanmoins, dès l'origine, les fidèles avaient pris l'habitude de venir demander à l'Église sa bénédiction à l'occasion de cet acte qui

(1) M. Esmein, *Mariage en droit canonique*, t. I, p. 182.

(2) V. Brissaud, *Histoire de droit privé français*, Mariage.

devait être l'un des plus importants de leur vie. Cette manifestation religieuse remplaçait et venait se greffer tout naturellement sur les traditions séculaires des cérémonies du paganisme (1). Cette pratique devenue coutumière, n'avait que la force d'une obligation purement morale, aussi l'Église ne la sanctionnait-elle pas. Cependant, de même que les pouvoirs civils, mais à un degré moindre néanmoins, l'Église en vint à réprouver les unions qui ne s'étaient pas formées sous ses auspices; elle en reconnaissait la validité, mais les détestait selon sa forte expression (2).

Dès le ^{vi} siècle, le concile d'Arles (524) exige une dot et des noces publiques (3). — Au ^{ix} siècle les canons des conciles réclamaient avec insistance la célébration publique du mariage. — Le quatrième Concile œcuménique de Latran (1215) tenu sous Innocent III, le Concile national de Lyon en 1449 manifestent le même désir.

Mais les canonistes les plus éminents hésitaient encore à bouleverser l'institution du mariage et à sanctionner par une nullité une obligation qui n'était pas de premier ordre à leurs yeux, bien que cependant les pouvoirs civils

(1) « A l'époque où le christianisme triomphe, dit M. Planiol « (t. I, p. 281), le mariage n'exige aucune solennité extérieure « accompagnant et manifestant le consentement. — Il y a ordinai-
« rement une cérémonie nuptiale, des réjouissances (*Nuptiarum*
« *festivas*), une promenade en public avec flûtes et chants (*Deductio*
« *puellæ in domo mariti*), des sacrifices, des prières. »

Dans le droit germanique, les formalités essentielles consistaient dans la *coemptio*.

(2) *Matrimonia rata et vera sed detestata*.

(3) M. Planiol, t. I, p. 282.

réclamassent avec insistance cette réforme au nom de la morale publique.

La résistance des canonistes était motivée par deux arguments, l'un d'un ordre théologique dont nous n'avons pas à nous occuper ici (1), c'était celui-ci : le mariage étant un sacrement est intangible ; l'autre d'ordre humain et singulièrement grave. « Il fallait mettre le « mariage à la facile portée de tous comme un secours « contre l'incontinence, presque comme un piège salutaire » a dit M. Esmein ; c'était la facilité du mariage qui avait fait sa faveur et sa valeur. Si l'Église avait compris dès l'origine tout le parti qu'elle pouvait en tirer pour la régénération morale de l'humanité, elle avait vu aussi les conditions de réalisations.

Si elle n'avait pas agi ainsi, elle eût renouvelé l'erreur du droit civil romain, qui, organisant le mariage d'une élite, fut sans influence sur la moralité de la masse (2). Quoi qu'il en soit, ces raisons humaines qui avaient influencé la théorie primitive du mariage, avaient perdu de leur force une fois que le mariage indissoluble était entré dans les mœurs, et que la pratique de faire sanc-

(1) V. à ce sujet M. Esmein, *Mariage en droit canonique*, t. II.

(2) Il est intéressant de remarquer que, de nos jours, où les encouragements au mariage deviennent indispensables pour l'avenir de la race, les législateurs s'inspirant sans doute inconsciemment des anciennes théories canoniques, ont par une loi récente, celle du 21 juin 1907, singulièrement réduit les formalités du mariage (remplacement de l'acte respectueux par une notification, réduction de l'âge jusqu'auquel le consentement des parents est nécessaire (pour le mariage des fils 21 au lieu de 25, domicile matrimonial, etc., etc.)

tionner les unions par l'Église s'était développée et généralisée.

Les canonistes comprirent alors que s'il peut être dangereux d'exiger la perfection dès l'origine, on peut, quand on a obtenu le bien, chercher à obtenir le mieux et ils cédèrent au pouvoir civil.

Le Concile de Trente par le décret de *Reformatione* édicta la nécessité, pour les fidèles, de contracter leurs unions *in facie Ecclesiæ* et en présence de témoins.

La nullité du mariage sanctionnait cette obligation et il y avait une présomption irréfutable de mauvaise foi contre les unions qui n'avaient pas été contractées solennellement conformément à la loi (4).

De tels mariages, qui étaient réputés clandestins ne participaient pas aux avantages du mariage putatif; mais voyons maintenant ce que l'en entendait par le mot clandestin.

Dans son premier sens originaire et étymologique, l'expression mariage clandestin signifie mariage secret, dissimulé; ce n'est pas dans ce sens que nous l'entendrons.

On disait également que le mariage était clandestin lorsqu'il avait été contracté sans l'une des formalités

(4) Ces canons devaient, pour être exécutoires, être reçus par les pouvoirs civils. Dans certains pays ils ne le furent jamais, et les règles du mariage restèrent telles qu'elles étaient dans la doctrine primitive, c'est-à-dire que le mariage se formait *solo consensu*. — Dans ces pays, la doctrine du mariage putatif serait donc différente, même au point de vue du droit canonique. En France, l'ordonnance de Blois de 1579 a adopté les principes du concile de Trente.

imposées par la loi à peine de nullité et dont l'absence constituait un empêchement dirimant. Assurément, dans ce cas, si le mariage était cassé pour défaut de forme il ne pouvait être question de mariage putatif.

On appelait encore mariage clandestin celui dans lequel une des formalités constituant un empêchement prohibitif n'avait pas été observé. Il pouvait se faire qu'un tel mariage ait été cassé pour un autre vice, pour bigamie, par exemple ; est-ce qu'alors cette clandestinité partielle suffisait à faire refuser le bénéfice du mariage putatif ?

Nous n'étudierons que quelques cas, ceux qui ont été les plus discutés et nous essaierons de voir quelle est l'idée directrice qui permettait au magistrat de reconnaître si le mariage présentait une clandestinité suffisante pour pouvoir refuser aux personnes dont l'union était annulée le bénéfice du mariage putatif.

Le Concile de Trente décide : « que ceux qui ont contracté sans que ce soit en présence de leur curé ou d'un autre prêtre avec la permission du curé ou de l'ordinaire, et de deux ou trois témoins, ont contracté des mariages nuls et qu'il y a lieu de les annuler (1). »

Il n'y avait jamais lieu, très certainement, d'accorder, dans cette hypothèse, les avantages du mariage putatif à ceux dont l'union était annulée ; car, disait-on, ces per-

(1) Voir M. Esmein. *Mariage en droit canonique*, II, p. 166, n° 3 et 177 et 178. « Theiner acta 2, p. 388 « qui aliter quam presente « parochio vel alio sacerdote de ipsius parochi vel ordinarii licentia « et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentaverunt, eos S. Synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles « reddit, et hujus modi contractus irritos et nullos esse decernit. »

sonnes n'étaient jamais de bonne foi ; il y avait contre elles une présomption irréfragable. Quelques éclaircissements sont néanmoins nécessaires.

On pouvait se demander, et l'on s'est demandé en effet, s'il y avait lieu d'exiger la célébration du mariage à l'église, ou si le mariage, célébré *intra privatos parietes*, était valable. Il faut décider, croyons-nous, que le lieu de la célébration importait peu si tout le monde pouvait y assister, et si le mariage était public au sens moderne du mot. Il faut que l'on ne puisse pas reprocher aux époux le désir de s'entourer de mystère et de se soustraire aux yeux de l'Église et du public. C'est là, pour le juge, l'appréciation d'un point de fait.

Merlin indique d'ailleurs en faveur de cette opinion les écrits de Barbosa qui commenta le Concile de Trente (Concile de Trente, Cession 24, *De reformatione*, chap. 34 et 35 (1). C'est aussi l'opinion de M. Esmein qui considère cette union de fidèles comme l'Église elle-même (2).

Une autre question a été soulevée : par qui l'Église doit-elle être représentée ? Il faut que le mariage soit célébré par un curé, dit le canon : « Tous ceux qui n'auront pas « contracté en présence du curé... » Des doutes s'élevèrent pour savoir quel était le curé compétent : c'est le *proprius parochus* des contractants dont il s'agit, de l'un ou de l'autre, peu importe d'ailleurs, et chose plus curieuse, le curé de l'un des époux a compétence pour le

(1) Merlin, *Questions de droit*, Mariage VIII.

(2) M. Esmein, *Mariage en droit canonique*, t. II, p. 183.

marier dans la paroisse de l'autre, car la compétence est personnelle et non territoriale.

D'ailleurs, on peut se demander, quel est le *proprius parochus* : c'est celui « du domicilium habitationis (1). » Et il est compétent, même si le domicile était fixé depuis très peu de temps. L'Église, du reste, s'est montrée toujours assez large sur la manière d'entendre le mot *proprius parochus*, et (2) « la qualité de paroissien quant au « mariage s'acquiert par le seul fait de la résidence continuée pendant l'année ou durant la plus grande partie « de l'année (3). »

On s'est demandé également si un aumônier militaire avait une délégation suffisante, et s'il ne pourrait rentrer dans la catégorie de ceux que le canon désigne sous le terme de « alio sacerdote de ipsius parochi vel ordinarii licentia. » Les guerres étant autrefois très fréquentes et très longues, il n'était pas rare de voir des officiers et des soldats se marier pendant les campagnes et les périodes d'occupation militaire. Les services publics étant désorganisés sur le théâtre des hostilités, il était tout naturel que les uns, de bonne foi, cherchassent à se faire marier par les aumôniers et que d'autres en profitassent pour

(1) M. Esmein, *Mariage en droit canonique*, t. II, p. 179.

(2) Voir M. Esmein, *Mariage en droit canonique*, II, p. 184, citant Sanchez, *De sacr. matr.*, I, III. disp. XXIV, n° 12 ; Feije, *De impedimentis*, n° 243.

(3) A comparer avec l'article 165 du Code civil qui, modifié par la loi du 21 juin 1907, permet de célébrer le mariage devant l'officier de l'état civil de la commune où l'un des époux a son domicile, ou simplement sa résidence à la date de la publication.

simplifier des mariages auxquels ils ne désiraient pas donner de retentissement. De tels mariages étaient-ils clandestins ? Le pouvoir civil a toujours vu avec regret la légalité de telles unions. Cependant, en France, il ne nous est pas permis d'affirmer qu'avant l'édit de Louis XIV du 15 décembre 1684 (1) ces mariages n'étaient pas valables.

A l'étranger, et notamment en Piémont (2), les aumôniers militaires avaient ce pouvoir qu'ils tenaient parfois du grand aumônier du roi. Il est donc permis de croire qu'en France, avant cette ordonnance, les aumôniers militaires pouvaient marier aussi valablement que le *proprius parochus* de l'un des conjoints.

Nous ferons remarquer que la présence du prêtre exigée pour la validité du mariage n'est qu'une présence *humana et moralis*, et qu'elle ne peut se comparer avec la présence de l'officier de l'état civil exigée dans notre mariage moderne. Ce dernier, en effet, est un véritable célébrant ; il est le ministre du contrat, et il doit prononcer lui-même certaines des formules sacramentelles ; il ne peut se borner à jouer le rôle d'un simple témoin qualifié. Les mariages à la Gaulmine seraient dénués de toute valeur s'ils étaient contractés devant l'officier de l'état civil ; car il ne suffit pas actuellement, comme cela suffisait pour le mariage organisé par le concile, et comme avait fait Gaulmin, de se présenter devant l'officier de

(1) Il était défendu « de célébrer aucun mariage entre les cavaliers « et les soldats et des filles ou femmes domiciliées dans les villes ou « places où ils seraient en garnison ou aux environs pour quelque « cause que ce pût être. » Merlin, *Questions de droit* ; Mariage VIII.

(2) Merlin, *Questions de droit* ; Mariage VIII.

l'état civil et de le prier de constater le fait que mutuellement, en présence de témoins, les parties consentent à se prendre pour mari et femme.

Le mariage, aux termes des conciles de Latran et de Trente, doit être précédé de bans. Cette formalité est absolument nécessaire, et le prêtre ne pourrait sciemment passer outre, et assister à un tel mariage. Cependant, aucun texte n'impose cette obligation à peine de nullité, et les auteurs s'accordent pour dire qu'un mariage contracté de cette façon ne serait pas annulable pour ce seul motif.

Malgré ce dernier point très certain, de nombreux auteurs ont pensé que si cette émission ne suffisait pas à justifier une demande en nullité, elle était néanmoins assez grave pour que l'on puisse la faire servir de fondement à une présomption irréfragable de mauvaise foi. A l'appui de cette thèse, on présentait un canon du concile de Latran (*quum inhibitio*). Nous le donnerons dans son entier, car la controverse porte sur le point de savoir si l'on doit le comprendre à la lettre ou dans son esprit, et l'on ne peut être fixé à cet égard qu'en le connaissant dans son ensemble (1).

« Bien que, dit le texte, l'empêchement dirimant de
« mariage soit limité au troisième degré, nous voulons
« néanmoins que l'on observe les autres strictement. C'est
« pourquoi, restant attachés aux écrits de nos prédéces-
« seurs, nous prohibons formellement les mariages clan-

(1) V. précédemment p. 61, le texte de la décrétale *Quum inhibitio, De clandestina desponsatione*.

« destins, et nous défendons même à un prêtre quelconque
« d'y assister. Nous ordonnons donc que partout étendant
« ainsi une coutume spéciale à certains lieux, lorsqu'un
« mariage devra être contracté il soit annoncé publique-
« ment par le curé à certaines dates, pour permettre
« à ceux qui le voudront d'opposer un empêchement légi-
« time et pour que les curés recherchent si quelque empê-
« chement y met obstacle. Lorsque quelque conjecture
« vraisemblable apparaîtra contre ce mariage il sera
« interdit absolument, jusqu'à ce que l'on ait, en se
« basant sur des documents manifestes, fixé ce qui doit en
« être. Mais si quelqu'un se laissait aller à contracter des
« unions clandestines ou interdites, à un degré prohibé,
« même par ignorance, les enfants qui naîtraient de telles
« unions, seraient considérés comme bâtards et ne
« pourraient tirer aucun avantage de la bonne foi de leurs
« parents, ceux-ci paraissant s'être mariés sinon en con-
« naissance de cause, du moins ayant tout fait pour con-
« server leur ignorance. » Beaucoup d'auteurs, parmi
lesquels nous citerons Sanchez (liv. III, disp. 42), Mar-
cadus (*De probationibus*, concl. 798), Gonzalès (*Décrétales*,
Quum inhibitio) (1), ont considéré que les bans institués
ainsi, entraînaient une présomption de mauvaise foi irré-
futable quel que soit le caractère de l'empêchement diri-
mant qui entraînait la nullité du mariage, et que cette
présomption les excluait des avantages accordés aux
mariages nuls contractés de bonne foi.

En conséquence, les enfants nés de mariages annulés

(1) Merlin, *Questions de droit* ; Mariage VIII.

pour quelque cause que ce soit et non précédés de bans étaient illégitimes, que leurs parents aient ou non contracté de bonne foi. L'on se servait pour cela de la fameuse présomption de mauvaise foi (s'ils n'ont pas su, c'est qu'ils n'ont pas voulu savoir ; — *non expertes scientiæ sed affectatores ignorantæ*).

Cependant, une autre opinion admettait que la bonne foi était inefficace en raison de l'absence de bans, seulement au cas où le mariage était entaché d'inceste ; elle était défendue par Gofredus (Somme), Vincentius, Eephalus (1). D'après Merlin, elle était plus sincèrement en accord avec le texte, et aussi avec les autres textes sur la matière ; en effet, dit-il, « dans cette décrétale, la disposition qui répute l'empêchement de parenté ou d'alliance « légalement comme des parties par le seul effet de « l'omission des bans est la peine qui sert de sanction à la « défense de célébrer aucun mariage sans que les bans en « aient été préalablement publiés. Que dès que cette disposition est une peine, elle ne peut être étendue. » Ce canon a été écrit pour sanctionner l'empêchement de parenté ; c'est la peur de l'inceste, c'est la préoccupation de la moralité et de la conservation de la race qui a dicté cette rigueur ; c'est un texte à tendance spéciale que l'on a prétendu étendre.

Pourquoi d'ailleurs aurait-on visé avec tant de précision le cas de parenté si la disposition avait une portée générale. S'il ne devait pas s'appliquer spécialement à l'inceste,

(1) Merlin, *Questions de droit* ; Mariage VIII.

c'est-à-dire uniquement à lui, pourquoi la sentence le spécifie-t-elle aussi ?

Le cardinal d'Ostie avait essayé de concilier les deux opinions, et voici la théorie qu'il avait adoptée : « Si l'on « s'en tient à l'esprit de la loi, « hanc sententiam (la première opinion) esse veriore, attenta mente litteræ ». « Mais si l'on ne consulte que la lettre, c'est la deuxième « qui doit l'emporter. « Hanc sententiam esse veriore « attenta littera ». La *Décrétales quum inhibitio* ne comprend « dans son texte que l'empêchement de parenté ou d'alliance ; on ne peut pas dire que son texte soit par lui-même applicable aux autres empêchements, mais c'est « donc se conformer à son esprit que de donner à ce texte « l'extension dont Sanchez et ses sectateurs le soutiennent « susceptible (1). »

Guy Coquille, dans la coutume de Nivernais (chap. 23, art. 1) déclare que la formalité des bans doit être remplie, si l'on veut tirer un avantage de sa bonne foi (2).

Dans la pratique, l'opinion la plus rigoureuse, c'est-à-dire celle qui généralise le texte, l'a emporté. Des auteurs anciens avaient prétendu que la dot étaient aussi l'une des formalités essentielles du mariage ; ils y voyaient en quelque sorte comme la matérialisation de l'intention, et ils avaient soutenu que cette prestation était nécessaire pour pouvoir prouver la bonne foi. Cette opinion, abandonnée depuis longtemps, ne repose sur aucun texte

(1) Merlin, *Questions de droit* ; Mariage VIII.

(2) M. Planiol, t. I, p. 865.

sérieux, et résulte, comme le dit M. Esmein, d'une confusion faite entre la dot romaine et la dot germanique (1).

Toute cette théorie de la clandestinité repose sur une présomption de mauvaise foi. Il y a de fortes chances pour que, si les époux se cachent, ils aient pour le faire une raison sérieuse, et il n'y a aucune raison pour que des personnes qui n'ont aucun obstacle à craindre cherchent à dissimuler leur union (2).

(1) M. Esmein, *Mariage en droit canonique*, t. II, p. 186.

(2) Pouvait-on, après l'ordonnance de Blois, accorder le bénéfice du mariage putatif aux personnes dont le mariage était entaché d'un vice de forme et qui néanmoins avaient contracté avec une bonne foi certaine ? Cette situation pouvait se présenter dans la pratique notamment en cas d'incompétence du prêtre célébrant ou d'usurpation de qualité de prêtre. Comme nous n'avons pas de décision faisant autorité en la matière, nous devons nous rapporter aux principes généraux.

Dans tous les cas que nous avons vu jusqu'ici, le vice de forme est interprété comme une présomption de mauvaise foi et à ce titre empêchait le mariage putatif, pouvons-nous dire qu'en lui-même ce vice de forme est un obstacle au mariage putatif, abstraction faite de toute idée de mauvaise foi ? Pour nous, nous ne le croyons pas. En effet, le refus du mariage putatif dans ces cas de bonne foi certaine serait injuste et blesserait l'équité. Pourquoi se montrer rigoureux à l'égard des personnes qui, au point de vue extrinsèque, ont observé toutes les formalités extérieures du mariage, on ne peut leur reprocher aucune dissimulation. On ne peut les traiter comme les décrétales veulent que l'on traite ceux qui ont ignoré par négligence le vice les empêchant de contracter mariage. Leur bonne foi était irréprochable et ils sont irresponsables absolument de leur ignorance. Aussi nous croyons devoir admettre que lorsque le vice de forme du mariage ne peut être interprété comme présomption de mauvaise foi, il est incapable par lui-même d'être un obstacle au mariage putatif.

A l'appui de cette opinion nous citerons un arrêt rendu par le parle-

SECTION III

Effets du mariage putatif

Si toutes les institutions juridiques sont créées en vue d'un résultat pratique, il en est peu dans lesquels le but poursuivi ait été moins perdu de vue lors de leur élaboration que dans celle du mariage putatif.

Généralement, tout au moins en apparence, les conséquences d'une institution découlent de ses principes, et ceux-ci sont eux-mêmes en harmonie avec l'ensemble des principes du droit ; ici, au contraire, ce sont les principes qui ont été inventés pour justifier l'effet que l'on voulait obtenir. (Effets exorbitants donné à la bonne foi, état des enfants décrété indivisible, afin qu'ils soient légitimes vis-à-vis même de leurs parents de mauvaise foi).

ment de Toulouse le 12 septembre 1560 (rapporté par M. Gaudemet), accordant le bénéfice du mariage putatif à une femme et à l'enfant qu'elle avait eu d'un imposteur qui s'était fait passer pour son mari absent. Nous croyons devoir tirer un argument *à fortiori* de cet arrêt rendu dans un cas où la bonne foi était certaine et où, en réalité, il n'avait pas existé la moindre formalité de mariage entre ces deux époux putatifs. Cette solution semble rationnelle si l'on admet que c'est la bonne foi qui donne des droits au mariage putatif.

Mais ce qui explique que ces questions ne se posaient pas très fréquemment dans la pratique, c'est que d'une part il y avait une présomption de compétence en faveur du prêtre qui célèbre un mariage (cf. *Questions de droit*, VIII, Merlin) et que d'autre part lorsque la nullité résultait d'un vice occulte il était possible très souvent de recourir à la procédure des *sanationes matrimonii in radice* (cf. appendice II et M. Esmein, *Mariage en droit canonique*, t. II).

Ce but, qui est à lui seul toute la théorie, est d'accorder tous les effets du mariage valable au mariage nul des personnes de bonne foi.

Il nous a semblé que retracer minutieusement tous les effets que produisait autrefois le mariage putatif, dépasserait les limites de notre travail ; ce serait en somme faire la théorie générale de tous les effets du mariage, puisque ce sont tous ceux du mariage véritable que l'on a prétendu accorder aux époux de bonne foi et à leurs enfants.

D'ailleurs au cours des siècles, les effets de l'institution ont peu varié, ce sont ceux que le Code civil a sanctionnés. Nous nous bornerons donc à en esquisser le mécanisme et à en retracer les modifications subies dans le détail, renvoyant pour le surplus aux ouvrages spéciaux écrits sur la matière depuis le Code civil.

1° Effets à l'égard des enfants

Bien qu'il eût été plus logique de commencer par les effets produits entre les époux, nous suivrons la coutume et nous commencerons par les effets vis-à-vis des enfants. Ce plan se justifie peut-être d'ailleurs historiquement, car ce sont ces derniers effets qui furent les premiers reconnus et sanctionnés.

L'enfant né d'un mariage nul est bâtard. Cela avait jadis des conséquences plus rigoureuses que de nos jours. En effet, le bâtard ne faisait pas partie de la famille de ceux qui l'avaient engendré, il ne portait pas le nom de son père et n'était pas sous sa puissance. Il ne pouvait

pas prendre une part dans sa succession et ses biens, à sa mort, étaient dévolus de manière spéciale (1). D'autres déchéances spéciales le frappaient encore; il ne pouvait pas prétendre par exemple aux hautes fonctions ecclésiastiques et ne pouvait entrer dans les ordres que par une dispense.

Les premières décrétales montrent comment le mariage putatif apporta un remède à cette situation pour les enfants de ceux qui avaient contracté de bonne foi. On admit qu'il était raisonnable que le pouvoir temporel ne se montrât pas plus rigoureux dans son domaine que le pouvoir spirituel ne l'était dans le sien, et que le pouvoir séculier devait trouver dans les raisons qui avaient influencé le pouvoir spirituel un motif suffisant d'accorder la légitimité aux enfants. C'est en effet à titre de légitimation que l'on accordait le bénéfice du mariage putatif. Il agissait en quelque sorte à la manière d'une lettre de légitimation ayant effet rétroactif; et, si ceux qui avaient justifié qu'ils remplissaient les conditions requises, obtenaient peut-être de droit cet avantage, il ne s'agissait pas néanmoins ici d'une reconnaissance de droit analogue à celle que l'on pouvait obtenir lors d'une reconnaissance de filiation.

(1) Il ne pouvait tester pour plus de cinq sols et ne pouvait pas avoir d'héritiers en dehors de ses enfants légitimes; c'étaient alors, primitivement, les seigneurs ou bien le roi qui recueillaient le patrimoine en cas d'absence d'enfant légitime; plus tard, le roi revendiqua ce droit à son profit exclusif. Le bâtard devait acquitter de plus les droits de formariage et de chevage. — Plus tard ces deux conditions disparurent et le droit de bâtardise devint un droit réel de déshérence, à défaut d'enfant légitime, de conjoint ou de légataire universel.

Cependant, jusqu'au jour de la sentence tout au moins, l'effet était exactement le même. L'enfant de ceux qui ont vu annuler le mariage qu'ils ont contracté de bonne foi, a tous les droits d'un enfant légitime : droit de porter le nom de son père, d'être sous sa puissance, droit de lui succéder ou de lui laisser sa succession.

Certains points ayant été controversés, il nous est nécessaire de donner à leur sujet quelques explications.

Lorsque l'un seulement des deux parents a été de bonne foi, l'enfant est légitime vis-à-vis des deux, mais c'est seulement dans son intérêt propre ; c'est à dire que les effets du mariage s'imposent à celui qui est de mauvaise foi sans qu'il en puisse profiter. Prenons un exemple : l'enfant d'une femme qui savait que son premier mari avait disparu, mais n'était pas mort, sera légitime vis-à-vis d'elle si le second mari était de bonne foi. Cet enfant pourra recueillir la succession de sa mère, mais si à l'inverse l'enfant vient à mourir avant elle, supposons que ce soit après avoir hérité de son père, cette femme ne pourra pas succéder à son enfant, parce qu'étant de mauvaise foi lorsqu'elle a contracté elle ne peut bénéficier de la faveur accordée à la bonne foi.

Un autre point a soulevé des difficultés. On s'est demandé s'il y avait également lieu d'accorder la légitimité aux enfants nés avant le mariage et légitimés par ce mariage annulé. M. Planiol (1) constate que la plupart des auteurs modernes l'admettent, et il cite dans ce sens : Demante (t. I, n° 283 *bis*, VII), Aubry et Rau (t. V, § 460,

(1) M. Planiol, t. I, n° 1109.

p. 50, note 12), Laurent (t. II, n° 509), Huc (t. II, n° 467). Pour lui, il considère que le Code ne veut pas déroger à la solution traditionnelle qui est contraire. En effet, Pothier (1), au chapitre du mariage, s'exprime ainsi : « Le mariage putatif ne peut donner les droits
« d'enfant légitime aux enfants nés du commerce que les
« femmes ont eu auparavant, car ce commerce est un
« commerce criminel de la part des deux parties dont le
« vice ne peut être purgé que par un véritable mariage. »

Pothier cite deux exemples de jurisprudence qui de son temps semblaient très fermes : une femme a eu un enfant d'un prêtre qu'elle a épousé depuis et dont elle ignorait l'état. Pothier déclare : « Avant son mariage, la femme
« savait bien qu'elle commettait fornication ; ce vice peut
« se purger par un mariage, mais comme le mariage
« légitime n'a pu avoir lieu, le prêtre étant incapable d'en
« contracter, le vice du commerce dont l'enfant est né n'a
« pu être purgé. » Il cite encore un arrêt de 1674 dans lequel un mariage nul contracté de bonne foi n'a pu légitimer les enfants nés avant le mariage d'une femme qui croyait son premier mari décédé, et s'était remariée avec leur père.

Néanmoins, M. Esmein est d'avis : « qu'un mariage
« putatif comme un mariage valable opérât la légiti-
« mation des enfants naturels (2). » C'est d'ailleurs la solution qui a triomphé dans la jurisprudence moderne.

Les enfants naturels comme nous l'avons dit, étaient

(1) Pothier, *Mariage* n° 441.

(2) M. Esmein, *Mariage en droit canonique*, t. II, p. 44.

exclus de certaines dignités ecclésiastiques, notamment de l'épiscopat. Etant donné que le mariage putatif, bien qu'ouvert à tous, intéressait surtout les nobles et les princes qui avaient coutume de diriger les cadets d'entre leurs enfants vers le sacerdoce, il était important pour ceux-ci d'obtenir à ce point de vue le droit d'être traités comme des enfants légitimes. La lettre du pape Innocent III à Guillaume de Montpellier, indique cet effet du mariage putatif et montre quelle importance on y attachait à cette époque (1).

Droit de succession. — Le mariage putatif accordant la légitimité aux enfants naturels leur accorde par là même un droit de succession sur les biens de leurs parents. Ils succéderont d'ailleurs comme nous l'avons dit, aussi bien à un parent qui a été de mauvaise foi qu'à un parent de bonne foi. Ils seront rattachés aux familles de leurs auteurs et les représenteront le cas échéant dans les successions. Une question à ce propos a soulevé quelque difficulté, c'est celle de savoir si les enfants d'un religieux profès ou d'une personne morte civilement peuvent avoir des droits dans la succession de ce parent et dans celle de ses auteurs. Merlin (2) cite plusieurs arrêts rendus en ces hypothèses. Voici ce qu'il dit au sujet des enfants d'un religieux profès : « Comme ils ne pourraient tenir que de leur père « la faculté de succéder à leurs aïeuls ou collatéraux « paternels et que leur père avait entièrement perdu ce « droit à l'époque de son mariage putatif, il est impossible

(1) *Décrétales*, liv. IV, tit. xvii, Decr. 13.

(2) Merlin, *Répertoire*, Légitimité, I. I, 6.

« qu'ils l'exercent eux-mêmes à moins que l'on ne donne à
« la fiction plus d'effet qu'à la réalité, ce qui serait d'une
« absurdité insoutenable. »

Bardet rapporte un arrêt du 10 février 1632 qui déclare que les enfants « d'un jacobin sont non recevables dans
« leur demande de la succession de leur aïeul paternel
« quoique leur mère se soit mariée de bonne foi et sans le
« moindre soupçon de l'état de leur père. »

Un autre arrêt rendu par le conseil supérieur de Bayeux en 1772, déclare que les filles d'un nommé Fortin, religieux profès aux Cordeliers de Valogne (basse Normandie) qui avait obtenu un bref du pape le relevant *de plano* de ses vœux, mais non entériné depuis, sont non recevables à demander la succession de leur aïeul et de leur oncle paternels, bien qu'elles soient légitimes vis-à-vis de leur père comme de leur mère. Voici ce que dit Merlin à ce sujet : « On laissa aux demoiselles Fortin
« leur légitimité et le droit de succéder tant à leur père
« qu'à leur mère, mais leur père ne pouvant prétendre à
« aucune succession directe ni collatérale, ses enfants qui
« ne venaient que par représentation n'y pouvaient pas
« plus prétendre que lui (1). »

Il pourrait être intéressant de savoir si, dans un cas où les enfants seraient venus de leur chef, ils eussent hérité comme cela se produit actuellement pour les enfants d'un indigne.

La situation des enfants était encore plus rigoureuse

(1) Ce qui précède est extrait de Merlin, *Répertoire*, Légitimité, I. I, 6.

lorsque l'un des parents avaient encouru la mort civile par suite d'une condamnation. Nous avons l'opinion de Pothier sur la matière (1). « Si une femme a de bonne foi
« épousé un mort civil jugé dans un pays éloigné, anté-
« rieurement à l'instant où elle a connu cet homme, la
« bonne foi de cette femme donne, en ce cas, à ce mariage
« les effets civils, à l'effet que les enfants qui sont nés
« aient les droits d'enfants légitimes et puissent succéder
« à leur mère et parents maternels. Mais ces enfants ne
« peuvent ni succéder aux biens de leur père qui sont
« acquis au fisc ni avoir les droits de famille dans la
« famille de leur père, puisque leur père les ayant perdus
« avant qu'ils fussent au monde n'a pu les leur communi-
« quer. » Cette solution relative à la mort civile prononcée par jugement, a été influencée par les ordonnances de 1639 et 1697 qui étaient très dures pour les morts civils. Elle est moins favorable aux enfants que celle donnée par Merlin (2), pour le cas des enfants dont le père était considéré comme mort civilement en raison des vœux qu'il avait prononcés.

En règle générale, l'on ne pouvait admettre que le mariage putatif produisît plus d'effets qu'un mariage véritable et que les enfants puissent tenir de leur parent putatif des droits que celui-ci n'avait pas. « *Nemo ad alium plus juris transferre potest quam se ipse habet.* »

(1) Pothier, Mariage.

(2) Merlin, *Répertoire*, Légitimité, I. I, 6.

2° Effets du mariage putatif vis-à-vis des époux

Il y a lieu de distinguer le cas où les deux époux étant de bonne foi, le mariage produit des effets réciproques, de celui où l'un des époux seulement étant de bonne foi, celui-ci a seul le droit de réclamer les avantages tirés du mariage.

Si, en effet, pour l'époux de bonne foi le mariage putatif produit tous les avantages d'un mariage véritable, pour l'époux de mauvaise foi, par contre, ce mariage est sans effet utile bien que, cependant, cet époux subisse tous les effets du mariage utiles à son conjoint. Ainsi, par exemple : si l'époux de mauvaise foi a fait, dans son contrat de mariage, une donation à son conjoint, il devra en faire la prestation ; mais si à l'inverse c'est lui qui est le bénéficiaire, en raison de sa mauvaise foi il ne pourra en profiter.

Parmi les effets que produit le mariage putatif quant aux époux, nous trouvons dans Pothier (1) celui de permettre à la femme de bonne foi de réclamer son douaire dans la succession de son mari. Il dit qu'il y a raison de décider que la bonne foi de la femme confirme les conventions matrimoniales et lui donne droit à son douaire. Après avoir remarqué que : « les conventions matrimoniales dépendent de la condition *si nuptie sequantur* » qui n'a pas été accomplie, car il n'y a pas de mariage « entre les parties puisque celui qui les a suivies n'est pas

(1) Pothier, *Œuvres* par Dupin, t. V, 244.

« un véritable mariage puisqu'il est nul », il décide néanmoins que la bonne foi supplée à la nullité et fait regarder la « condition comme accomplie. »

A l'appui de ce raisonnement, Pothier cite un arrêt du 22 janvier 1693 en vertu duquel une femme qui avait épousé de bonne foi un recollet profès obtint, outre ses conventions matrimoniales, la moitié de la communauté. Ce droit de la femme à son douaire et à sa part de communauté n'est pas le seul produit par le mariage putatif en faveur de l'époux de bonne foi. On admettait qu'un tel mariage produisait jusqu'au jour où la sentence était prononcée tous les autres effets qu'un mariage véritable aurait pu produire. M. Baudry-Lacantinerie cite parmi ces droits : celui de prévaloir de tous les avantages tirés des conventions matrimoniales ; les attributs de la puissance paternelle sur la personne et sur les biens des enfants issus du mariage ; le droit de succession sur les biens des enfants et même du conjoint s'il vient à décéder avant la sentence (1).

En un mot, jusqu'au jour de la sentence, l'époux de bonne foi peut réclamer tous les droits qui naîtraient pour lui d'un mariage véritable.

3° *Effets vis-à-vis des tiers*

Le mariage véritable produisant des effets vis-à-vis des tiers, il était juste que le mariage putatif en produisît

(1) Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil* (1885), t. I, p. 319-321.

aussi. On décida donc que l'époux de bonne foi pourrait se prévaloir vis-à-vis des tiers des effets du mariage putatif, notamment en ce qui concerne l'hypothèque de la femme mariée. « La femme, si elle est de bonne foi, « pourra attaquer et faire annuler les actes qu'elle aurait « passés avec des tiers sans autorisation de son mari. « Le même droit appartiendra au mari s'il est de bonne « foi (1). »

Lorsque, dans le contrat de mariage, un tiers a fait une donation à l'époux de bonne foi, le mariage putatif aura effet vis-à-vis de ce tiers et fera maintenir la donation.

Ainsi, en ce qui concerne les effets du mariage putatif vis-à-vis de l'époux de bonne foi et des enfants, on admettait qu'il produisait tous ceux du mariage véritable et que si l'époux de mauvaise foi pouvait en subir les conséquences, il ne pouvait jamais en réclamer les avantages.

(1) Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. I, n° 555.

CHAPITRE III

THÉORIE DU MARIAGE PUTATIF DANS LE CODE CIVIL

Le Code civil a fait sienne la théorie du mariage putatif qui avait été élaborée par le droit canon et précisée par l'ancien droit français. Portalis, dans l'exposé des motifs du Code civil a, comme nous l'avons dit au début de ce travail, soutenu que le projet de loi qu'il défendait consacrait les décisions antérieures dont le principe « était « depuis longtemps introduit dans nos mœurs. »

Si l'on s'en tient au discours de Portalis, on est amené à considérer que le Code civil a prétendu reproduire la théorie de l'ancien droit. Pourtant, si l'on examine l'article 201 qui dit que « le mariage qui a été déclaré nul « produit néanmoins des effets civils tant à l'égard des « époux, qu'à l'égard des enfants lorsqu'il a été contracté « de bonne foi » et l'article 202 qui ajoute : « Si la bonne « foi n'existe que de la part de l'un des deux époux, le « mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet « époux et des enfants issus du mariage », on est frappé de voir comme ces articles passent sous silence l'exigence du juste motif d'erreur et de la solennité qui étaient exigés autrefois.

Tous deux en effet parlent de la bonne foi comme si elle était la seule condition nécessaire.

La jurisprudence et la doctrine ayant à se prononcer sur la question, furent longtemps hésitantes ; et l'on trouva pour défendre d'un côté la tradition et de l'autre le texte de la loi des auteurs de premier ordre. On ne discuta pas le point de savoir s'il fallait encore que le mariage ne fût pas clandestin, mais les partisans de la nécessité des solennités, recourant à un argument de texte, déclarèrent que le Code exigeait que le mariage eût été *contracté de bonne foi*. Ils disaient que l'expression *contracter mariage* désigne l'accomplissement d'un acte déterminé ; c'est une expression voulue qui correspond dans l'esprit des législateurs à une formalité tout au moins apparente ; et par conséquent, il y a lieu de distinguer lorsque cet acte a été accompli et ne l'a pas été. En conséquence, les partisans de cette distinction divisaient les mariages annulés en deux catégories, ceux qui sont inexistants, le *néant*... auxquels ils refusaient tout effet ; ceux qui ont eu une apparence de réalité qu'il a semblé nécessaire de faire annuler en justice et auxquels ils reconnaissaient des effets.

Cette opinion, considérable par l'autorité de ses partisans (Demolombe, Aubry et Rau, Laurent, Huc) présente deux arguments (1).

1° Le chapitre IV du Code civil dans lequel se trouvent les articles 201 et 202 est consacré aux mariages nuls, et il n'y est aucunement question des mariages inexistants ;

(1) M. Planiol, t. I, n° 1106.

2° Le mariage inexistant est le néant, et il « est difficile
« de concevoir que le néant puisse avoir des effets. »

Ces arguments sont peu concluants ; malgré leur apparence juridique sérieuse, ils ne résistent guère à la critique. L'argument de place dans le Code civil ne pourrait avoir de valeur que si le législateur avait suivi une méthode rigoureuse dans la distribution des matières. Or, cela n'est pas. De plus, la distinction entre l'inexistence et la nullité a été inventée après coup et n'a été qu'à peine soupçonnée par les rédacteurs. Le mot *déclaré nul* peut aussi bien se comprendre d'un mariage inexistant que d'un mariage nul.

Il faut plutôt voir dans ces arguments des prétextes pour faire revivre la tradition qui exigeait la solennité. C'est la parole de Portalis, affirmant l'intention des législateurs de ne rien changer à cette institution, qui est le fondement de cette opinion ; ce ne sont pas les textes de la loi. De plus, cette tradition avait pour elle une apparence de justice et d'épuité ; elle donnait aussi une satisfaction apparente à cette crainte de voir la justice livrée à l'arbitraire si elle n'avait eu qu'à décider sur une question de bonne foi.

Malgré tout, la jurisprudence ne pouvait transgresser à ce point la loi et faire survivre une tradition abolie par le texte du Code civil. Sans aller jusqu'à admettre la bonne foi chez quelqu'un qui se prétendrait marié sans pouvoir s'appuyer sur aucun titre, ou même chez une jeune fille ignorante et abusée qui prétendrait avoir cru contracter légalement devant un greffier de juge de paix (1), la

(1) M. Planiol, t. I, n° 1107.

jurisprudence exige pourtant une juste apparence d'erreur possible. Elle admet qu'il y a une limite à partir de laquelle la crédulité n'est plus admissible. En règle générale, elle reconnaît que la bonne foi est suffisante pour permettre d'accorder le bénéfice du mariage putatif, même dans le cas où le mariage a été cassé pour vice de forme, et où par conséquent les solennités n'ont pas été rigoureusement accomplies.

Comme le fait remarquer M. Planiol, cette solution est conforme aux exigences de la vie moderne. Il y a beaucoup plus de différences entre les formalités exigées actuellement par les lois civiles des divers états pour le mariage, qu'autrefois. Par suite, on conçoit aisément qu'un personne se mariant dans un pays qui n'est pas le sien commette des erreurs. D'ailleurs le Code civil n'innove guère en cela et la jurisprudence moderne se relie directement à la jurisprudence canonique, antérieure aux conciles de Latran et de Trente.

En supprimant les conditions de solennité et de juste motif d'erreur, l'institution peut rester intacte dans sa substance. Ces deux conditions arbitraires n'ont été établies que pour faciliter la tâche du juge qui avait à reconnaître la bonne foi ; et ces prescriptions intéressent davantage la théorie des modes de preuves de la bonne foi que celle des conditions du mariage putatif.

APPENDICE I

Le mariage putatif offrait une situation dans laquelle se rencontraient les effets civils du mariage sans qu'il y eût de lien matrimonial aux yeux de la loi.

Il y avait certains cas, ou par contre le lien conjugal existait à l'égard du pouvoir spirituel, mais sans pouvoir produire d'effets civils.

Ces cas se rencontraient dans les mariages contractés par des personnes mortes civilement, ou mariées à l'extrémité même de leur vie après avoir vécu ensemble en état de concubinage ; c'est ce que l'on a appelé les mariages *in extremis*. Les enfants nés de ces unions étaient considérés comme légitimes par l'Église et comme bâtards par l'État.

Voici les termes de la déclaration de 1639 et de l'Édit de 1697 qui reconnaissaient des mariages valables quant aux sacrements et nuls quant aux effets civils (1).

« Nous voulons que la même peine (incapacité de succéder) ait lieu contre les enfants qui sont nés des

(1) Merlin, *Répertoire*, Légitimité, I. I, n° 12.

« femmes que les pères ont entretenues et qu'ils épousent
« lorsqu'ils sont à l'extrémité de la vie, comme aussi
« contre les enfants procréés par ceux qui se marient
« après avoir été condamnés à mort, même par les sen-
« tences de nos juges, rendues par défaut, si avant leur
« décès ils n'ont été remis en premier état suivant les lois
« prescrites par nos ordonnances. » (Extrait de l'Ordon-
nance du 26 novembre 1639 confirmant l'ordonnance de
Blois).

« Voulons que l'article vi de l'ordonnance de 1639 au
« sujet des mariages que l'on contracte à l'extrémité de la
« vie ait lieu tant à l'égard des femmes qu'à celui des
« hommes et que les enfants qui sont nés de leur débauche
« avant les dits mariages ou qui pourront naître après les
« dits mariages contractés en cet état soient, aussi bien
« que leur postérité, déclarés incapables de toute succes-
« sion. » (Article viii de l'Édit de mars 1697.)

Merlin (*Répertoire*, Légitimité, I. I. 12 et 13) cite plu-
sieurs décisions d'espèce rendues en exécution de ces
ordonnances :

Un arrêt du 24 juillet 1704, dans une affaire Fournier,
déclare incapable de toute succession directe et collaté-
rale le fils qu'un nommé Fournier avait eu de sa servante
avec qui il s'était marié et dont le mariage était resté
secret jusqu'à sa mort. (Il s'agissait de partager la succes-
sion de Fournier entre ce fils et une fille légitime qu'il
avait eue d'une première union.)

Un autre arrêt du 14 juillet 1687 (affaire du Simon)
déclare, à propos d'un mariage qu'un nommé Du Simon
avait contracté à son lit de mort avec une femme dont il

avait eu plusieurs enfants : « Qu'il n'y avait abus (1); et
 « pour certaines considérations adjugea à trois enfants
 « qui restaient de cette conjonction le tiers des biens de
 « Du Simon en propriété et la moitié de ce tiers en usu-
 « fruit à la mère en déclarant que ce tiers n'était pas
 « donné aux enfants comme portion héréditaire, mais par
 « forme d'aliments. »

Cette doctrine, qui excluait de la succession paternelle les enfants légitimés par un mariage *in extremis*, était essentiellement imprégnée de l'esprit juridique français. Il y avait dans ce cas tout autant une question sociale qu'une question morale. Il faut voir dans cette disposition légale une prescription de politique sociale, et expliquer par là la différence de point de vue entre l'esprit du droit canonique et celui du droit civil.

S'il n'y avait eu qu'une question morale, l'unité de vue se serait réalisée et les deux théories se seraient fondues.

C'est d'ailleurs la même tendance que celle qui a pesé sur le pouvoir ecclésiastique pour l'amener à imposer les solennités du mariage; c'est elle aussi qui voulait contraindre l'Eglise à rendre le consentement des parents nécessaire pour la validité du mariage. C'est toujours le même esprit féodal et monarchique dont la force de la famille est le soutien nécessaire (2).

(1) Le mariage avait donc été célébré valablement par l'Eglise, mais il résulte bien de l'arrêt qu'il ne pouvait pas produire d'effets civils.

(2) Bien sçai-je, écrit Pasquier, que depuis quelques centaines d'ans, quelques moines rapetasseurs de vieilles gloses, nous ont

On peut rapprocher de ce qui précède, les cas des mariages de conscience dans lesquels le mariage clandestin est confirmé (*quoad fœdus*), quant au lien, ce qui a pour effet de laisser « les qualités stériles de veuves et d'enfants légitimes », mais ne produit aucun effet civil (1).

L'ordonnance de 1639 déclare également que les enfants de ceux qui se marient après avoir été condamnés à mort, même par contumace seront illégitimes. Nous trouvons dans le Camus D'Houlouve (*Coutume du Boulonnais*, t. I, p. 41), une explication très nette de cette théorie :

« Ceux, dit-il, qui n'étaient ni nés ni conçus au temps « de la mort civile de leur père, quoique légitimes (aux « yeux de la religion) sont incapables de recueillir les « successions directes ou collatérales parce qu'il n'a pu « leur transmettre les effets civils qu'il n'avait plus ; et « dans ce cas, les enfants nés ou conçus avant la mort « civile du père excluent de sa succession et de toutes « autres ceux qui sont nés depuis (2). »

Depuis que la loi du 31 mai 1854 a aboli la mort civile, la question ne se pose plus ; mais jusque-là, le Code Napoléon avait, en sécularisant le mariage, rendu plus rigoureuse encore la situation des époux, car elle décidait que le conjoint du mort civil pouvait se remarier.

insinué cette barbare et brute opinion, que de droit canon le consentement des père et mère n'était requis au mariage de leurs enfants que par honneur et non de nécessité... C'est vraiment l'avis de gens nourris à l'obscurité d'un cloître ; cela tient plus du paganisme que du chrétien (M. Viollet, *Histoire du droit privé*, 445, 407).

(1) et (2) Merlin, *Répertoire*, Légitimité, I. I, 7.

APPENDICE II

On peut rapprocher et comparer en droit canonique la *sanatio in radice* et le mariage putatif; car l'un et l'autre permettent de faire produire les effets d'un mariage véritable à un mariage contracté au mépris d'un empêchement dirimant.

Nous avons vu quels étaient la nature et l'effet du mariage putatif. Voyons ce qu'était la *sanatio in radice* et nous les comparerons.

De même que le droit canonique admet que le pape peut accorder, avant le mariage, la dispense d'un empêchement dirimant établi par une loi ecclésiastique, de même il admet que le pape peut accorder cette même dispense après que le mariage a été contracté. Il admet aussi que celle-ci a un effet rétroactif, ayant rendu ce mariage possible dans le passé, le purifiant jusque dans ses racines en opérant la « *sanatio matrimonii in radice*. »

Pour justifier cette institution, on fait remarquer que c'est uniquement le consentement réciproque des époux suivi de la *copula carnalis* qui fait le mariage; que si les lois ecclésiastiques ont, en établissant des empêchements

dirimants, limité sa force et sa vertu, ces lois peuvent être abrogées rétroactivement, relativement à telle personne et dans tel cas déterminé, par l'autorité dont elles émanent; et que cette abrogation a alors pour effet de rendre à ce consentement des époux, donné au moment du mariage, toute la valeur qu'il aurait eue si la dispense avait précédé ce mariage (1).

Ainsi la *sanatio in radice* permet de valider rétroactivement et pour toujours une union nulle (2). Voyons quelles sont les différences qui séparent cette institution du mariage putatif.

Contrairement au mariage putatif, la *sanatio in radice* n'exige pas la bonne foi, et se conçoit très bien dans les cas où le mariage a été clandestin aux yeux de l'Église (c'est par ce procédé, par exemple, que l'Église a validé les mariages civils contractés sous la Révolution).

D'autre part, son champ d'application est moins étendu, car pour l'obtenir il faut que l'empêchement faisant obstacle au mariage ait été de pur droit ecclésiastique, c'est-à-dire tel que le pape en eût pu donner une dispense préalable. Ainsi on pourra accorder la *sanatio* pour une union entachée d'inceste et non pour un cas de bigamie.

A la différence du mariage putatif, la *sanatio in radice* produit effet non seulement pour le passé mais aussi dans

(1) V. M. Esmein, *Mariage en droit canonique*, t. II, p. 353 et suiv.

(2) On admet à plus forte raison en droit canonique que si l'empêchement était occulte et si le mariage (invalidé) avait été contracté dans la forme prescrite par l'Église (assistance du curé et de deux témoins), le mariage pourrait, une fois la dispense obtenue, être « convalidé » par le simple renouvellement du consentement.

l'avenir. Durant toute leur vie, les époux continueront à être mariés. Les effets du mariage putatif cessent au contraire au jour de la sentence.

Cette différence est capitale; elle provient de ce que tandis que la *sanatio* crée rétroactivement, en quelque sorte, un lien, au contraire, dans le cas du mariage putatif, il n'y a jamais de lien à aucun moment; de plus, en cas de *sanatio*, il est inutile de recourir à la voie judiciaire, il n'est point besoin de sentence et de débats publics sujets à scandale, mais il faut suivre la procédure des demandes de dispense.

APPENDICE III

Voyons brièvement comment le mariage putatif a été compris dans les législations étrangères contemporaines.

La loi anglaise, seule, accepte dans toute sa rigueur et dans toute sa logique le principe de la rétroactivité de la nullité du mariage, et n'accorde jamais le bénéfice du mariage putatif.

La loi italienne adopte la solution du Code français, mais toutefois elle précise un point controversé chez nous en accordant la légitimité aux enfants légitimés par ce mariage annulé.

Le Code civil allemand, promulgué en 1896 et entré en vigueur en 1900, donne une solution très voisine de la solution française, mais par une survivance des anciennes dispositions du Code prussien les textes sont fort différents :

Quant aux époux, le Code décide que la nullité produit effet rétroactivement sauf toutefois si l'un des époux a été de bonne foi, car ce dernier peut *demandeur* à ce que la nullité opère sans rétroactivité à la manière d'un divorce. Mais si les deux époux sont de bonne foi la nullité produit

toujours des effets rétroactifs. De même, si le mariage est inexistant, c'est-à-dire entaché d'un vice de forme et non mentionné sur les registres, la bonne foi ne produit jamais d'effets.

Quant aux enfants nés d'un mariage nul, ils sont légitimés sauf si les deux parents sont de mauvaise foi ou si le mariage est inexistant.

Quant aux tiers, sauf dans le cas d'inexistence, la nullité du mariage ne peut leur être opposée.

Le droit espagnol admet que la sentence prononçant la nullité du mariage, avec cette restriction qu'en cas de mauvaise foi de la part des deux époux, ils ne peuvent se prévaloir de leurs avantages matrimoniaux.

Le Code suisse, le plus libéral de tous, admet que l'annulation se produit sans rétroactivité.

Si, pour la pratique des affaires, les Codes qui admettent que la sentence prononçant la nullité agit comme une sentence de dissolution sont les plus commodes, si le Code anglais donne à la fois la solution la plus logique et la plus rigoureuse, la solution du Code français est la plus conforme à l'équité et la plus belle au point de vue de la construction juridique. En effet, dans notre théorie française, nous trouvons une ligne directrice, un principe puisé directement à la source des principes juridiques, c'est-à-dire dans l'équité, qui vaut pour l'institution tout entière.

Dans le Code allemand, au contraire, tout est artificiel. Les solutions éparses sont incapables d'être enfermées dans une formule contenant en puissance toutes les solu-

tions positives. La théorie du mariage putatif telle qu'elle se dégage du Code allemand est une collection savante, une énumération de solutions plus ou moins équitables n'ayant entre elles aucun lien.

CONCLUSION

La nécessité de reconnaître le mariage putatif aux personnes qui justifient avoir cru de bonne foi et pour de justes raisons contracter mariage, et avoir agir publiquement selon les formes prescrites, est une conséquence des empêchements apportés par l'Église, dans un intérêt moral et dans le but d'assurer la conservation de la race, à la célébration d'une union déclarée par elle indissoluble.

Le Code civil devait conserver cette institution, car lui aussi, bien qu'à un degré sensiblement moindre, il a créé à l'égard du mariage un certain nombre d'empêchements que de très bonne foi les conjoints ont pu ignorer.

Nous essaierons pour conclure d'examiner si la théorie du mariage en général et de ses nullités en particulier telle qu'elle se dégage des textes de notre Code, de la doctrine et de la jurisprudence moderne est de même nature que la théorie canonique du mariage et de sa nullité. Nous verrons si l'institution du mariage putatif n'a pas subi dans notre législation le contre coup de cette divergence de vue entre les théoriciens du mariage canonique et ceux du mariage moderne.

Nous avons longuement exposé que le mariage en droit canonique est un sacrement ; qu'à ce titre il ne peut être dissous que par la mort naturelle ; que les empêchements dirimants s'opposent à la réception du sacrement et par suite à la formation du lien conjugal ; que le jugement rendu ne prononce pas la nullité du mariage mais en constate simplement l'inexistence.

Dans notre droit moderne par contre, la notion du mariage est moins précise. D'après une opinion en faveur dans la doctrine et surtout la jurisprudence (1), le mariage est un contrat civil : contrat, c'est-à-dire lien formé par un accord de consentement entre les conjoints avec l'assistance de la puissance publique agissant comme partie nécessaire ; civil, c'est-à-dire affranchi de la tutelle ecclésiastique et distingué du mariage sacrement ; contrat civil c'est-à-dire susceptible comme tout autre contrat de prendre fin dans des cas déterminés par la loi.

Cette théorie a été vivement critiquée par une autre opinion à laquelle nous nous rallierons (2). En effet, l'expression contrat civil pour désigner le mariage est à la fois inexacte et dangereuse. Elle est inexacte, car elle est contraire à la fois à l'histoire et à la nature essentielle du mariage ; ni dans le droit romain où les contrats n'ont

(1) Cette opinion se réclame des anciens juristes, tels que Hennequin, Launois, Gerbois, Pontchartrain, Pothier, Le Ridan, de l'article 7 du titre III de la Constitution de 1791 qui déclare que « la loi ne considère le mariage que comme contrat civil » et des rédacteurs du Code civil.

(2) Voir pour l'exposé de la critique du mariage contrat civil, le livre de M. Ch. Lefèbre, *Le mariage civil n'est-il qu'un contrat*.

jamais été relatifs qu'à des rapports entre les patrimoines, ni dans l'ancien droit français où l'on n'employa le mot *contrat* à propos du mariage que comme synonyme du mot *institution*, uniquement pour amener le mot civil, on n'a conçu le mariage comme un véritable contrat. En effet, si dans l'ancien droit on a parlé du mariage *contrat civil*, ce ne fut que pour faire passer le mariage du domaine du droit canonique dans le domaine du droit civil. Cette expression *mariage contrat civil* est contraire à la nature profonde du mariage qui ne rentre pas dans le cadre de nos contrats, puisqu'il n'est et n'a jamais été comme l'a montré M. Lefebvre que : « L'union naturelle, disciplinée et consacrée dans l'état social comme union légitime, mais « consacrée et disciplinée par voie d'autorité, non par voie « de contrat. »

De plus, cette expression *contrat civil* est dangereuse, car n'est-ce pas, disent ses partisans, le propre des contrats de pouvoir cesser de produire effet par le seul accord des parties. Accepter la désignation du mariage comme un *contrat civil*, c'est tendre vers le divorce, par consentement mutuel.

Cette dernière doctrine est certainement plus exacte, car elle rend mieux compte du caractère original du mariage et de l'importance considérable du rôle de la puissance publique en cette matière ; influence qui devient plus nécessaire à mesure que la force du lien matrimonial s'affaiblit par la facilité accordée au divorce.

Quelle que soit l'opinion que l'on adopte, il est donc impossible de méconnaître que le mariage tel qu'il est organisé dans notre droit, surtout depuis la loi de 1884

admettant le divorce, repose sur des bases et des principes absolument différents de ceux du mariage canonique.

D'après une opinion qui peut s'appuyer sur des textes de Trouchet et de d'Aguesseau, les nullités du mariage civil telles qu'elles sont conçues par nos lois n'ont pas non plus la même nature que le nullité ou inexistence du mariage sacrament. En effet, dans le droit civil, à la différence de ce qui se passe dans le droit canonique jamais le mariage n'est nul de plein droit. Il y a toujours un titre, une apparence qu'il faut détruire (1), a répondu Tronchet le 27 septembre 1801 au premier consul qui se plaignait de voir que le projet n'expliquait pas dans quel cas le mariage est nul de plein droit. Cette opinion de Tronchet est partagée par MM. Aubry et Rau, qui affirment qu'un mariage précède quoique entaché de nullité absolue fait obstacle à la célébration d'une union nouvelle tant que sa nullité n'a pas été prononcée par jugement (§ 463, n° 1)(2). Cette opinion était antérieure à Tronchet et au Code civil ; c'était l'opinion traditionnelle de la doctrine civiliste française qui peut se réclamer de d'Aguesseau. Ce chancelier a déclaré, en parlant d'un mariage nul considéré longtemps aux yeux de tout le monde comme valable, que l'on devait : « décider que ce premier mariage défectueux à la vérité « en son commencement, est néanmoins un empêchement « capable de dirimer ceux qui l'ont suivi (3). » Le mariage

(1) Fenet, t. IX, p. 53 (cité par M. Planiol, t. I, n° 1045).

(2) M. Planiol, t. I, n° 1046.

(3) Merlin, *Répertoire*, Légitimité, I. I, 11.

n'est pas nul de droit ; une sentence doit être rendue, et suivant les circonstances, cette sentence proclamera que le mariage n'a jamais existé légalement (identité de sexes, absence absolue de consentement, défaut d'intervention d'un officier d'état civil) ou qu'il a existé (défaut d'âge, parenté ou alliance à un degré prohibé, bigamie), mais qu'il est annulé. Cette nullité doit être prononcée nécessairement sans que le juge ait aucun pouvoir d'appréciation. Enfin il est des cas où le juge ne pourra rendre sa sentence et annuler le mariage, que si cette utilité lui est demandée par des personnes déterminées et dans certain délai (vice de consentement des époux, ou absence de consentement des parents dont l'autorisation était requise). Si, dans le délai requis, la nullité n'est pas réclamée, le mariage est définitif.

En droit canonique, en cas de mariage nul, puisque l'empêchement dirimant s'oppose à la réception du sacrement, il n'y a rien, c'est l'inexistence, c'est le néant et le juge doit simplement le constater. La législation canonique ignore donc les nullités absolues et les nullités relatives.

A deux autres points de vue, la théorie des nullités de mariage en droit civil est en opposition avec la nullité de mariage en droit canonique. Dans le droit canonique, en effet, on ne peut concevoir dans aucun cas la prescription de l'action en nullité, et le jugement n'est jamais irrévocable, tandis que, dans le droit civil la sentence rendue est définitive et peut acquérir autorité de chose jugée sauf dans les cas où il pourrait y avoir lieu à requête civile, et l'action est prescriptible tout au moins dans les cas d'annu-

labilité. Ainsi, il y a également une différence certaine d'après cette théorie entre le caractère de la nullité en droit canonique et des nullités en droit civil.

Voyons maintenant si ces divergences de vues ont amené des transformations dans la théorie du mariage putatif. Nous distinguerons entre le motif, la raison d'être du mariage putatif, et son explication au point de vue de la technique juridique.

La raison d'être du mariage putatif est la même dans la législation canonique et la législation civile. Dans les deux cas, c'est une raison d'équité. On ne peut, sans porter une grave atteinte au droit naturel ou si l'on veut au principe supérieur du droit, ne faire produire aucun effet à une union que les deux époux ou l'un d'eux ont contractée avec la conviction qu'elle était conforme à la législation positive. Il serait injuste que du mariage ou du moins du désir sincère de se conformer à ses règles puisse résulter un dommage, que des personnes, qui ont agi loyalement aient à subir les déceptions et les rigueurs qui découleraient légalement de l'annulation du mariage.

Mais si le motif du mariage putatif est identique en droit canonique et en droit civil, sa justification, qui, si on se place au point de vue de la technique juridique, est facile dans les cas de nullités absolues ou relatives tels qu'ils sont organisés par le droit civil, devient au contraire beaucoup plus difficile lorsque la sentence constate l'inexistence de l'union, ce qu'est la règle générale en droit canonique et se présente aussi parfois en droit civil.

Le jugement civil, qui prononce la nullité du mariage, rompt le lien, le brise rétroactivement en remontant au

jour de la célébration. Toutefois, si les époux ont contracté leur union de bonne foi, le lien est bien rompu, mais sans effet rétroactif ; les conséquences produites par le mariage jusqu'au jour de l'annulation sont maintenues définitivement, la nullité est prononcée pour l'avenir seulement.

Cette explication du mariage putatif ne choque en rien les principes du droit civil, et n'est pas en contradiction avec la conception actuelle du mariage, puisque en droit civil l'union existante peut être dissoute, et puisque l'on comprend parfaitement que cette dissolution puisse être prononcée soit rétroactivement, soit sans effet rétroactif.

Mais cette explication du mariage putatif, d'après le droit civil, est inacceptable en droit canonique, où il ne s'agit pas d'un lien rompu par une sentence, mais d'un lien inexistant, qui n'a jamais commencé et qu'il n'y a pas à dissoudre, et la sentence ne fait que constater son inexistence. Si le lien est absolument inexistant, comment pourrait-il avoir produit des effets et comment la sentence maintiendrait-elle, ferait-elle survivre des effets qui ne se sont jamais produits ?

Il a fallu chercher ailleurs une explication des effets du mariage putatif en droit canonique.

On pourrait penser que c'était la bonne foi elle-même qui, revêtue des formes et des apparences du mariage, produisait par une faveur spéciale de la Loi des effets identiques à ceux du mariage. Néanmoins, à notre avis, toute explication juridique du mariage putatif en droit canonique est fautive ; car l'institution est conçue en dehors des principes du droit.

Le droit canonique ne s'est occupé que de deux choses :

des avantages qu'il voulait accorder, et des conditions à exiger des bénéficiaires. La justification à ses yeux, c'était l'équité. L'équité justifiait le mariage putatif comme elle justifie les principes du droit, et par elle seule peut se justifier le mariage putatif conçu en dehors des principes qui sont la base de toutes les autres institutions juridiques.

C'est la même explication qu'il faut, à notre avis, donner pour les cas dans lesquels le mariage putatif est accordé en droit civil à la suite d'un jugement constatant l'inexistence du lien conjugal.

Vu .

Le Président de la thèse,

CH. LEFEBVRE.

Vu :

Le Doyen,

P. CAUWES.

Vu et permis d'imprimer,

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

BIBLIOGRAPHIE

- AUBRY et RAU. — *Cours de Droit civil*.
- ACCARIAS. — *Précis de droit romain*.
- ANNE Robert. — *Rerum judicatarum*.
- AGUESSEAU (D'). — *Œuvres*.
- BALUZE (DE). — *Lettres d'Innocent III*.
- BARRE (DE LA). — *Histoire de Corbeil*.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de droit civil*.
- BONDE. — *Histoire du droit*.
- BRISSAUD. — *Histoire du droit privé français*.
- CARTERON. — *Le mariage putatif*, thèse.
- Codes*.
- DALLOZ. — *Exposé des motifs du Code civil*.
- Décrétales de Grégoire IX*.
- DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon*.
- DENIZARD. — *Collection de jurisprudence*.
- ESMEIN. — *Mariage en droit canonique ; Cours élémentaire d'histoire du droit français*.
- FENET. — *Œuvres*, t. IX.
- GAUDEMET. — *Mariage putatif*, thèse.

- GAUTHIER. — *Les nullités de mariage et le mariage putatif*, thèse.
- HAUROY. — *Traité du mariage*.
- HERTIUS. — *Questionum et tractatorum (de matrimonio putativo)*.
- ISAURE TOULOUSE. — *De l'annulation du mariage catholique*.
- ISAMBERT. — *Œuvres. Ordonnances.*
Institutes de JUSTINIEN.
Journal des audiences.
- LEFEBVRE. — *Introduction générale à l'histoire du droit matrimonial ; Le mariage civil n'est-il qu'un contrat.*
- LOMBARD (P.). — *Sentences.*
- MERLIN. — *Répertoire et Questions de droit.*
Novelles de JUSTINIEN.
Petri exceptiones legum romanarum.
- PLANIOL. — *Droit civil.*
- POTHIER. — *Œuvres (Mariage).*
- VIOLLET. — *Histoire du droit privé français.*
-

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
INTRODUCTION	1
CHAPITRE I. — ABSENCE DU MARIAGE PUTATIF DANS LA LÉGISLA- TION ROMAINE	7
SECTION I. — <i>Étude des textes</i>	7
SECTION II. — <i>Motifs qui ont empêché le Droit Romain de reconnaitre le mariage putatif</i>	12
CHAPITRE II. — LE MARIAGE PUTATIF EN DROIT CANONIQUE.....	17
SECTION I. — <i>Origine de la théorie</i>	17
§ 1 ^{er} . — Causes qui ont motivé l'introduction du mariage putatif.....	17
§ 2. — Origine du mariage putatif dans la doctrine.	18
§ 3. — Origine du mariage putatif dans les Décré- tales et la Jurisprudence.....	22
§ 4. — Évolution de la théorie du mariage putatif en droit canonique et dans l'ancien droit français....	33
SECTION II. — <i>Étude des conditions à remplir pour béné- ficier du mariage putatif</i>	36
1 ^{re} condition. — Il faut que ceux qui réclament la qualité d'époux fassent la preuve d'un mariage....	38

2 ^e condition. — Il faut être dans un cas où le caractère de la nullité permet d'obtenir le mariage putatif.....	43
3 ^e condition. — Il faut que les époux où l'un d'eux soient de bonne foi.....	49
4 ^e condition. — Il faut que les époux où l'un d'eux fassent valoir un juste motif d'erreur.....	68
5 ^e condition. — Si le mariage annulé a été clandestin, il ne peut servir de base à un mariage putatif....	72
SECTION III. — <i>Effets du mariage putatif</i> ...	85
1 ^o Effets à l'égard des enfants.....	86
2 ^o Effets à l'égard des époux.....	93
3 ^o Effets à l'égard des tiers.....	94
CHAPITRE III. — THÉORIE DU MARIAGE PUTATIF DANS LE CODE CIVIL.....	96
APPENDICES.....	101
CONCLUSION.....	111
BIBLIOGRAPHIE.....	119
TABLE DES MATIÈRES.....	121

ANGERS, IMP. J. STRAUDEAU. — 13-1407
